الثالث من التحرير شرح الجامع الكبير

للحصيري

على مذهب الامام الاعظم [illegible] رضي الله عنه

من كتب العبد الفقير [illegible]
تجاوز الله عن خطاياه
وبدل سيئاته حسناته
بمحمد وعترته الطاهرين
آمين

ملكه [illegible]
محمود بن [illegible]

تشرف بتملكه الفقير يوسف [illegible]
الشهير براذي عفي عنهما

ويكفيك قول الناس فيما ملكته
لقد كان هذا مرة لفلان

من جملة مؤلفات كتاب [illegible]
[illegible] الدين محمود الحصيري احد الامام [illegible]
تفقه عليه الامام يوسف سبط ابن الجوزي
[illegible] لابي حنيفة شرح الجامع الكبير
[illegible]

من كتب العبد الفقير [illegible]
محمد [illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المناسك باب

من الصيد يصاد في الحرم او يصيبه او يخرجه الحلال من الحرم اصل الباب ان الصيد
لا من كالمال المجرد في حق وجوب الضمان ما يتلافه او بتفويت الامن عنه تحقيقا
للامان الثابت له ومتاعه [illegible] وانما يصير الصيد امنا باحد ثلثه اشيا
اما باحرام الصايد لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم الايه او بدخول الصيد
في الحرم لقوله تعالى اولم يروا انا جعلنا حرما امنا وقال عليه السلم ان مكه حرام
حرمها الله تعالى يوم خلق السموات والارض لا يختلا خلاها ولا يعضد شوكها
ولا ينفر صيدها وعند اصحاب [illegible] ثبت الامن للصيد بدخوله في الحرم ولا
يجب الجزا بقتله وعندنا يجب الجزا لان بالقتل يصير مفوتا الامن عليه جانيا
على محل محرم متقوم فيلزمه جزاؤه وهو القيمه كما في حق المحرم الا ان جزا صيد الحرم
يتادى بالاطعام ولا يتادى بالصوم وفي التادي بالهدي روايتان وعند زفر
رحمه الله يتادى بالصوم ايضا فعنده الواجب هنا كفاره كالواجب على المحرم
لان الوجوب لمحض حق الله تعالى فيكون جزا الفعل بطريق الكفاره فيتادى بالصوم
اذا لم يجد المال كالمحرم وعند ابي يوسف رحمه الله معنى الغرامه والمقابلة بالمحل غالب
في الفصلين لان الواجب [illegible] يتلف بالنقص اما من حيث الصوره او من حيث
القيمه ومثل الشي انما يجب في الاصل ليقوم مقامه فكان جانب المحل هو المراعى
في الفصلين وقد ثبت في حق الاحرام ان الواجب يتادى بالصوم فكذلك في صيد
الحرم واما عندنا الواجب على الجاني بطريق الكفاره فالمعتبر فيه معنى جزا الفعل
لانه لا حرمه في المحل الا [illegible] المباشر وهو احرامه الا ترى انه بعد ما حل
من احرامه يحل [illegible] وان لم يتبدل وصف المحل وجزا الفعل يجب بطريق

الكفاره اما في صيد الحرم وجوب الجزا باعتبار وصف ثابت في المحل وهو صفه الا
من الثابت للصيد بسبب الحرم الا ترى انه انما يعتبر هذا الحكم بتغير وصف المحل بخروجه
من الحرم الى الحل الا ترى انه كما يجب ضمان الصيد بسبب الحرم يجب ضمان النامي
من الاشجار النابته في الحرم لما فيهما من حياة مثلها وثبوت الامن لها بسبب الحرم
ولا ينفك ان ما يجب بقطعها يكون عوض المحل فكذا ما يجب بقتل الصيد فكان
هذا بغرامات الماليه اشبه فكما لا مدخل للصوم في غرامات الاموال وان كان
وجوبها لحق الله تعالى كاتلاف مال الزكاة والعشر فكذلك لا مدخل للصوم
في جزا الصيد تقريره انه لما ازال الامن عن محل امن لحق الله يلزمه مقابلة ايتان
صفه الامن عن الجوع للمسكين حقا لله تعالى وذلك يحصل بالاطعام دون الصيام
فاما في صيد الاحرام لما كان الواجب لارتكابه فعلا محرما حقا لله تعالى يتادى
ذلك بفعل هو مامور حقا لله تعالى وهو الصيام وفي الهدي روايتان في احدى
الروايتين يقول لا يتادى بالاراقه بل بالتصدق باللحم حتى يشترط ان يكون
قيمه اللحم بعد الذبح مثل قيمه الصيد وان كان دونه لا يتادى الواجب به
وكذلك ان سرق المذبوح لانه لا معتبر لاراقه الدم في الغرامات وانما المعتبر التمليك
من المحتاج وفي روايه الاخرى يقول يتادى باراقه الدم حتى لو سرق المذبوح
لا يلزمه شي ويشترط ان يكون قيمته قبل الذبح مثل قيمه الصيد لان الهدي
مال يجعل لله تعالى واراقه الدم طريق صالح لجعل المال خالصا لله تعالى من غير
التصدق الا ترى المضحي يجعل الاضحيه خالصا لله تعالى باراقه دمها فكذلك
هنا وهذا لان الضمان وان كان بدلا في حق الحلال لكن وجوبه بطريق
العبادة ولهذا لا يجب على الصبي والنصراني واذا كان وجوبه بطريق العبادة
جاز ان يتادى بالهدي او بدخول الصايد في الحرم يخرج الفعل الذي هو

تعرض للصيد تعظيما للحرم هكذا روي عن جابر وابن عمر رضي الله عنهما وهذا لانه
منهي عن الرمي الى الصيد من الحرم قال الله تعالى ولا تقتلوا الصيد وانتم حرم
يقال احرم اذا عقد عقدا للاحرام واحرم اذا دخل الحرم كما يقال اسام اذا دخل
الشام واشتى اذا دخل الشتا الا ان يكون الصيد والرامي في الحل فر ما ثم دخل الصيد
في الحرم فيصيبه سهمه فحينيذ لا يلزمه الجزا لانه في الرمي غير مرتكب للنهي ولكن
لا يحل تناوله وهذه هي المسلة المستثناة من اصل ابي حنيفه رحمه الله فان عنده المعتبر
حالة الرمي الا في هذه المسله لان الحل بالذكاه يحصل وانما يكون ذلك عند الاصابه
فاذا كان عند الاصابه الصيد صيد الحرم لم يحل تناوله وعلى هذا ارسال الكلب
ويفوت الامن عنه قد يكون بمباشرة الاخذ والقتل او بالتسبيب او بالدلاله
اذا لم يكن المدلول عالما به اذا كان الدال محرما سوا كان المدلول محرما او حلالا
وفي القياس لا جزا على الدال وبه اخذ الشافعي رحمه الله وعلى قول زفر رحمه الله
الحلال اذا دل على صيد في الحرم يلزمه الجزا كالمحرم وهو روايه عن ابي يوسف رحمه الله
بنا على اصله ان الواجب كفاره يتادى بالصوم على ما ذكرنا ويكون الدال كالمباشر
وجه قول الشافعي رحمه الله ان الجزا متعلق بالقتل بقوله تعالى ومن قتله منكم
متعمدا والدلالة ليست في معنى القتل لان الفعل متصل من القاتل والمقتول والدلاله
والاشارة غير متصل بالمحل وهو الصيد والحكم الثابت بالنص لا يجوز اثباته فيما ليس
في معنى المنصوص دل عليه ان جزا صيد الحرم يجب على القاتل الحلال ولا يجب على
الدال اذا كان حلالا دل عليه ان حرمة الصيد في حق المحرم لا يكون اقوى
من حرمه مال المسلم ونفسه ولا ضمان على الدال ثم الا انا تركنا القياس باتفاق
الصحابة رضوان الله عل[...] رجلا سال عمر رضي الله عنه فقال اني اشرت الى ظبي
والى محرم فقتل[...] فقال عمر لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ماذا ترى

عليه فقال ارى عليه شاه فقال عمر رضي الله عنه وانا ارى عليه ذلك وان عليا
وابن عباس رضي الله عنهما سيلا عن محرم دل على بيض نعامه فاخذ المدلول عليه
فشواه فقالا على الدال جزاوه والقياس يترك بقول الفقها من الصحابه رضي الله عنهم
وما نقل عنهم في هذا الباب كالمنقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ لا يظن بهم انهم
قالوا جزافا والقياس لا يشهد لقولهم حتى يقول قالوا ذلك قياسا فلم يبق الا السماع
ثم ثبت باتفاقهم ان الدلاله على الصيد من محظورات الاحرام وذلك ثابت بالنص
ايضا فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاصحاب ابي قتاده رضي الله عنه في صيد
اخذه ابو قتاده وكانوا محرمين هل اعنتم هل اشرتم هل دللتم فجعل الاشارة كالا[...]
فعرفنا انه من محظورات الاحرام وذلك يوجب الجزا وبه فارق صيد الحرم فان
الموجب للخطر هناك معنى في المحل وهو امن الصيد بسبب الحرم فلا بد من
ان يكون فعله متصلا بالمحل حتى يكون جنايته في ازاله الامن عن المحل وهنا الخطر
بسبب معنى في الفاعل وهو انه محرم فكان فعله محظور الاحرام وان لم يتصل بالمحل
ولهذا كان معنى الجزا هنا راجحا ومعنى غرامه المحل هناك راجح على ما بينا ثم
الاحرام عقد خاص وقد ضمن له ترك التعرض بعقده فاذا تعرض له بالدلالة
فقد باشر خلاف ما التزمه فيضمن كالمودع اذا دل سارقا على الوديعة بخلاف
الدلالة على المسلم وماله فانه ما التزم ترك التعرض له بعقد خاص ثم الواجب
هناك ضمان الجبران فيكون بمقابله المحل فيجب على من اتصل فعله بالمحل واذا
وجب الضمان بالجنايه على الصيد فحكم الضمان ينقطع بالرد الى الحرم
او باداء الجزا لكن يشترط ان يكون بعد اداء الجزاء بحال لو انشا الفعل فيه
لا يضمن اما اذا كان بحال لو انشا الفعل فيه يضمن فحكم الجنايه باق حتى
يسري الى الزوايد وحرف الخ ان زوايد صيد الحرم مضمونه بخلاف زوايد

العصب اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله حلال جرح صيدا في الحرم وقيمته يوم
جرحه عشره فازدادت قيمته من سعر او بدن حتى صارت خمسه عشره ثم مات
من تلك الجراحه ضمن الجارح ما نقصته الجراحه اي يضمن يوم الجرح وقيمته يوم مات بالغه
ما بلغت اما ضمان النقصان فلانه فوت جزا امنا من الصيد فيضمن كما تلف كله
واما تمام القيمة يوم مات مجروحا لان قدر النقصان ضمنه مره فلا يضمن مره
اخرى فيضمن قيمه الباقي مجروحا وكذلك على هذا اذا اخرج عبدا او صيدا
مملوكا فمات يضمن ما نقصه الجراحه ثم يضمن قيمته يوم مات مجروحا فرق بين
هذا وبين ما لو جرح حرا ثم مات حيث يضمن الديه ولا يضمن ما نقصه الجراحه
ثم الباقي والفرق هو ان ديه الحر لا يتفاوت بالجرح فلو ضمن النقصان ثم الديه
دخل فيها النقصان فيصير ضامنا للنقصان مرتين اما صيد الحرم والصيد المملوك
قيمته مجروحا انقص من قيمته غير مجروح فلو ضمن كمال قيمته مجروحا لا يدخل فيه
ضمان النقصان ولو قال قائل يضمن قيمته يوم مات غير مجروح كان مستقيما اذ لا فرق
بين ان يقال يضمن النقصان يوم جرحه ثم يضمن قيمته مجروحا حين مات وبين ان يقال
يضمن قيمته يوم مات صحيحا فالعبارتان سواء ثم اوجب القيمه هنا يوم مات زائده
لان الزياده تلفت بجنايته ايضا بواسطه السرايه وهذه زيادة حدثت من اصل مضمون
فيكون مضمونا فرق بين هذا وبينما لو جرح عبدا او صيدا مملوكا فازدادت بعد
الجرح في سعر او بدن ومات حيث لا يضمن الزياده والفرق ان باداء الضمان ملك
الصيد المملوك من وقت الجرح فيظهر ان الزياده حدثت على ملكه وقيام الملك
له في عين الصيد يبقى وجوب ضمان الاصل فقيام الملك له في الزياده ايضا يبقى
ضمان الزياده والعبد ان لم يملك باداء الضمان لانه ضمان دم لكن قام مقام المالك
فيه حتى لو غصبه اجزاؤه قبله كان للغاصب تضمينه بحكم القيام مقام المالك فكذلك

باداء الضمان من وقت الجنايه صح

هنا

هنا لو اتلف المالك الزياده لا يضمنها فكذا الذي قام مقام المالك فاما صيد الحرم
لا تملك بالجنايه عليه عند اداء الضمان كما لا تملك بساير اسباب الملك ولو ملك
او قام مقام المالك فقيام الملك فيه لا يمنع وجوب الضمان الا ترى انه لو قتل
صيدا مملوكا له يضمن فكذا يضمن الزيادة ولان مبنى ضمان الجنايه على الصيد
في الحرم على التغليظ والتشديد مخالفا لساير الضمانات الا ترى انه لا يفرق
فيه بين الخاطي والعامد ويضمن الولد الحادث في يده بخلاف زوايد
الغصب ولو جرح عبد نفسه في الحرم او قتله لا يضمن شيا ولو جرح صيد نفسه
او قتله يضمن ولان ضمان العبد والصيد المملوك انما وجب باعتبار ازاله
يد المالك كما في الغصب لانه يصير متلفا ملكه عليه معنى وهذا لا يمكن تحقيقه
في الزيادة لما ذكر وفي صيد الحرم الضمان انما وجب باعتبار اثبات اليد
وانه تحقق في الزياده كما في الاصل لان قيام اليد على الاصل يوجب قيامه على
الزيادة وعن ابي يوسف رحمه الله في غير روايه الاصول انه لا يضمن الزياده
بعد الجراحه من صيد الحرم اذا كان الجارح حلالا سوا كانت زيادة شعر
او بدن ان صيد الحرم في حق الحلال بمنزله الصيد المملوك للغير لا بمنزله الصيد
الامن بالاحرام بدليل انه لا يتادى جزاؤه بالصوم وبدليل انه لا يضمن بالدلالة
ثم الحكم في الصيد المملوك انه لا يضمن الزياده الحادثه بعد الجراحه فكذا
هذا وجه ظاهر الروايه ان صيد الحرم في حق الحلال الحق بالمملوك فيما ذكر
من الاحكام وبالصيد الامن بالاحرام في حق بعض الاحكام وهو صرف جزائه الى الفقر
وكذا لو كان مملوكا له يجب عليه الجزا بقتله وهذا ينافيه ضمان الملك فاحدث
الحالين يوجب ضمان الزياده في البدن والشعر والاخرى يسقطه فوجب القول
بوجوبه احتياطا لانه حق الله تعالى ولهذا يصرف الى الفقرا ولا يجوز صرفه

الى من لا يجوز صرف الزكاة اليه من الاقارب ولو ادى الى ذمي يجوز الا في رواية عن ابي يوسف
كما في صدقة الفطر والكفارات وحقوق الله تعالى يحتاط في ايجابها ولان مبناه على
التغليظ على ما ذكرنا الا ترى انه يضمن بالدلالة والاشارة والاعانة بخلاف الصيد
المملوك الا ترى انه لو ضرب بطن ظبية فطرحت جنينا ميتا ثم ماتت فعليه
جزاوهما قال احدثه بالتمه لان الضرب سبب صالح لموتها وقد ظهر الموت
عقيبه وانما اراد بقوله احدثه بالتمه الاشارة الى الفرق بين هذا وبين الضمان
الواجب لحق العباد فان من ضرب بطن جارية فالقت جنينا ميتا بعد ما ماتت
لما وجب ضمان الاصل لم يجب ضمان الجنين لان الجنين في حكم الجزء من وجه وفي حكم
النفس من وجه والضمان الواجب لحق العباد غير مبني على الاحتياط فيرجح
شبه النفس فوجب جزاوه هذا اذا ازدادت قيمته ولو انتقصت قيمته بعد
الجراحة فهذا على وجهين اما ان كان النقصان من حيث الشعر او من حيث البدن
بان قامت حرمته لا بفعله فان كان من حيث الشعر ثم مات فانه يضمن ما نقصه
جراحته وقيمته يوم جرحه ويحط عنه النقصان الذي ضمن لان الجرح الذي هو
سبب التلف وجد منه وقيمته عشرة ولم يفت شي من العين حقيقة بغير فعله لينقطع
اضافة تلف ذلك الجزء الى فعله فكان تلف الصيد الذي قيمته عشرة مضافا الى
فعله فيضمن عشرة لكن ضمان النقصان ضمن مرة فيحط عنه ذلك ويضمن الباقي وصار
كما لو جرح صيدا مملوكا ثم انتقصت قيمته من حيث الشعر ضمن قيمته يوم الجرح
فهذا كذلك هنا فان قيل في المسئلة الاولى الجارح ضمن الزيادة من حيث الشعر وكما
ان النقصان من حيث الشعر ليس بنقصان من حيث العين حتى لا يسقط شي من الضمان
به فالزيادة من حيث الشعر لا يكون زيادة في العين فيجب ان لا يضمن الزيادة
ولهذا لا يضمن الزيادة من حيث الشعر في الصيد المملوك قيل له بزيادة الشعر

لا يزداد

لا يزداد حقيقة لكن يزداد المالية بزيادة الرغبة فكان في معنى زيادة العين فصار
العين زائدا من وجه دون وجه لكن قام الدليل على ان المائت من وجه ملحق
بالمائت من كل وجه في حق وجوب جزاء الصيد فاما الصيد المملوك فالضمان
ثمة حق العبد فراعى فيه المعادلة فاذا لم يوجد اتلاف الزيادة حقيقة لا يضمنها
بخلاف النقصان لان سبب التلف وجد في صيد قيمته عشرة فما النقصان من حيث
الشعر نقص العين من وجه دون وجه فلا يسقط شي من الضمان بالاحتمال ولانه
لا فرق في الحقيقة فانا نعتبر الاكثر من قيمته يوم الجرح ويوم الموت لان الموت اثر فعله
وكما يصير مفوتا عليه الامن بالجرح يصير مفوتا عليه الامن باثره واعتبار احدهما
يوجب الاكثر واعتبار الاخر يوجب الاقل فيجب الاكثر احتياطا في الفصلين هذا
اذا انتقص من حيث الشعر ولو كان النقصان من حيث البدن لا بجراحته ثم
مات من جراحته ضمن قيمته يوم جرح ويطرح عنه ما انتقص له بجراحته كما في
الصيد المملوك فرق بين نقصان الشعر وبين نقصان البدن والفرق ان الضمان
هنا وجب بالاتلاف لا بالاخذ وقدر الفائت لا بجراحته فات جميعه ولم يتلف
بصنعه اصلا لعدم قصور السراية في الفائت فيسقط عنه فاما الفائت بالنقصان
من حيث الشعر فات من وجه دون وجه فلم يخرج فعله من ان يكون موجبا
للاتلاف بالاحتمال ثم فرق في نقصان البدن بين الجراحة وبين الاخذ فانه
لو اخذ صيد الحرم او صيدا مملوكا للغير ثم فات جزء لا بفعله لا يطرح عنه
ضمانه والفرق ان الضمان هنا يجب بالاخذ وقد دخل كل الماخوذ في ضمانه
الى غاية الرد ولم يوجد الرد فيما فات فاما هنا الصيد لم يدخل في ضمانه
بالجرح ولهذا لو تلف كله لا بصنعه لا يضمن شيئا من القيمة بل الصيد في جنته
بحال يضمن قيمته بالاتلاف اما بعين فعله او باثر فعله وهذا الجزء ما فات

بعين فعله ولا تاثير فعله فلا يضمن ولو جرحه وكفر عنه وادى عنه الجزاء ثم ازدادت
قيمته في الحرم من بدن او شعر ثم مات غرم الزياده كما كان يضمنها قبل التكفير لان
المعنى يجمع الحالين وهو تلف المحل مع الزياده بفعله لانه تلف باثر فعله ولو انشا
الاتلاف في هذه الحاله يضمن الاصل مع الزياده فكذا هذا وهذا لانه لم يملك الصيد
باداء الجزا لانه في موضع لا يملك الصيد فيه بالضمان وهو الحرم ولهذا لا يملكه
بالشرى ولو قبض يجب عليه ارساله فان عطب في يده فعليه جزاو الجنايته
على الصيد باثبات يده عليه وانه اتلاف لمعنى الصيد به معنى فصار
الصيد في حقه بمنزله الخمر فاذا لم يملكه لم يبرا عن الضمان ولو رمى الحلال
من الحرم صيدا في الحل فجرحه وقيمته يوم جرحه عشره فزادت حتى صارت
خمسه عشر من سعر او بدن ثم مات الصيد فعليه قيمته يوم مات وهذا وما
لو كان الصيد في الحرم سوا لما ذكرنا ان الصيد كما يصير امنا بدخوله في الحرم
يصير امنا بدخول الصائد في الحرم ولو فداه بعد الجرح بعشره ثم ازدادت
في الحل من بدن او شعر لم يضمن من الزياده سيا اما جواز التكفير لان سبب
الوجوب الجنايه فانما ادى الواجب بعد تقرر سبب الوجوب فاذا
تم الوجوب بذلك السبب جاز المودى كالتكفير بعد الجرح في قتل المسلم
وكذا المحرم اذا كفر بعد الجرح قبل الموت فرق هنا بين عدم التكفير وبين
التكفير وسوى في المسئلة الاولى وانما كان كذلك لان تلف الزياده من اثار
فعله فمتى لم يصر اصل الفعل ممحوا بالتكفير يضاف الاثر الى ذلك الفعل
فيضمن الزياده ومتى صار ممحوا بالتكفير لا يمكن اضافه الاثر الى ذلك الفعل
لانه لم يبق ذلك الفعل فينقطع الاثر عن ذلك ويجعل كان هذا تلف الزياده
حصل بفعل آخر ابتدا بعد التكفير فينظر الى محل الفعل والاثر ان وجد

الاثر

الاثر في الحرم يضاف تلف الزياده الى فعل باشره في الحرم لانه في نفسه كما لو انشا
الفعل فيه يضمن وان وجد الاثر في الحل يضاف تلف الزياده الى فعل باشره لانه في
لم يباشر الفعل حقيقه بعد التكفير وانما يوجد ضروره وجود الاثر حتى يكون مضافا
الاثر الى الفعل فيصير الفعل موجودا في المحل الذي ظهر فيه الاثر ففي المسئلة
الاولى حصل تلف الزياده التكفير في الحرم واضيف الى فعل باشره في الحرم
فيضمن وفي الثانيه حصل تلف الزياده في الحل فاضيف الى فعل باشره في الحل
فلا يضمن ولانه ملك الصيد باداء الضمان هنا لان الصيد في موضع يملك
بالضمان وهو الحل واذا ملكه بالزياده بعد ذلك حصلت على ملكه فلا يكون
مضمونا عليه كما في الصيد المملوك وهذا على اصل ابي حنيفه رحمه الله مستقيم
لانه روى الحسن بن زياد رحمه الله ان المتبايعين اذا كانا في الحرم والصيد
في الحل جاز البيع كذلك هنا اذا ادى ضمانه وجب ان يصير ملكا له و
اما على اصلهما يجوز ان يقال لم يملك الصيد وعليه ضمان الزياده لانه
لا يملك بالعقد فلا يملك بالضمان ايضا ويجوز ان يقال لا يضمن
الزياده لان الملك هنا وقع حكما لا قصدا وقد صح وجوب الضمان عليه
فصح وقوع الملك له كما في المغصوب الابق او الهالك ولو جرح المحرم
الصيد وكفر عنه ثم راه بعد ذلك فقتله فعليه كفاره اخرى لانه
صيد على ما حاله بعد الجرح الاول وقد انتهى حكم ذلك الجرح بالتكفير فقتله
الان جنايه اخرى مبتداه فيلزمه الكفاره وان لم يكفر في الاولى فلا شي عليه
للاولى اذا كفر في الاخرى بقيمه صيد صحيح لان الفعلين منه جنايه
في احرام واحد على محل واحد فيكون بمنزله فعل واحد فلا يجب الا كفاره
واحده وهذا لان حكم الفعل الاول قبل التكفير باق فيجعل الثاني اتماما

ماله كما في الجنايات على الحرم جنس واحد قبل البرء واما بعد التكفير فقد انتهى حكم الفعل الاول
فيكون الثاني جناية مبتدأة كما في الجنايات على الحر بعد تخلل البرء ولو كفر للاخير
بقيمته صيدا مجروحا يلزمه ما نقصه الجرح الاول ايضا لان ما فات بالجرح الاول لم يدخل
في الضمان وان جرح صيدا في الحل وهو حلال فدخل الحرم ثم مات فيه لم يكن عليه
جزاء لان فعله وقت الجرح كان مباحا مطلقا والسراية اثر الفعل فاذا لم يكن اصل
فعله موجبا للجزاء لا يكون اثره موجبا كمن جرح مرتدا فاسلم ثم مات وفي القياس
لا باس باكله لان فعله كان مذكيا له موجبا للحل حتى لو مات منه في الحل يحل تناوله
ولكنه كره اكله استحسانا لان حكم التناول حكم ثبت عند زهوق الروح وعند
ذلك هو صيد الحرم فاعتبار هذا الحال يحرم التناول واعتبار حالة الجرح
يبيح فترجح الموجب للحرمة احتياطا ولو ضرب المحرم عين الصيد فابيضت ثم
زال عنها البياض او قلع سنه او نتف ريشه ثم نبت او جرحه فاندمل بحيث لا يبقى
له اثر لا شيء عليه في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان النقص قد ارتفع مشاهدة
فصار كان لم يكن والضمان لو وجب انما يجب بسبب النقص فاذا ارتفع لا معنى
لشرع الجابر وقاسا بالضمان الواجب في حق العباد فان ذلك يسقط اذا لم يبق
للفعل اثر في المحل وقال ابو يوسف يلزمه صدقة باعتبار ما وصل اليه من الالم
لان بالاندمال والنبات لم يتبين ان الالم لم يصل اليه والنقص وان ارتفع لغير
صنعه فلا تخلو جنايته عن موجب فضمان المحل وان سقط لارتفاع النقص
لكن ضمان فعله وجنايته يجب لان فعله ما انعدم وقد روي عن ابي يوسف اعتبار
الالم ايضا في الجناية على حقوق العباد حتى اوجب على الجاني من الدواء واجرة
الطبيب الى ان يندمل حلال اخرج ظبية من الحرم فعليه ردها لانها صيد
الحرم مروجه فعليه ردها ايضا الى الامن المستحق فان لم يردها ضمن الجزاء

وان

وان ارسله في الحل فعليه جزاؤه لانه ما اعاده امنا كما كان فان الامن كان ثابتا
له بسبب الحرم فما لم يصل الى الحرم لا يعود اليه ذلك الامن فلا يخرج الجاني من عهدة
فعله كالغاصب اذا رد المغصوب على غير المغصوب منه الا ان يحيط العلم
بانه يصل الى الحرم سالما فحينئذ يبرأ عن جزائه كما اذا وصل المغصوب الى
يد المغصوب منه فلو ولدت عنده قبل ان يحل او بعد ما حل ثم ذبحها وولدها
في الحل او في الحرم فعليه جزاؤهما لانه حين اخذها وجب عليه ارسالها لازالة
جنايته وذلك حق مستحق عليه في الحل شرعا فيسري الى الولد ويجب عليه ارسال
ولدها معها وما كان من الحق المستحق عليه في العين او في المعنى لا يرتفع بخروجه
عن الاحرام فاذا ذبحهما فقد فوت الحق المستحق فيهما شرعا فلهذا اوجب عليه جزاءهما
الا ترى انه لو كان الصيد مملوكا للغير كان الرد مستحقا عليه فيهما لحق المالك
ولو ذبحهما يلزمه قيمتهما كذلك هنا وكذا المحرم اذا اصطاد ظبية فولدت عنده
او ازدادت في بدن او شعر فان لم يرد حتى ماتت مع ولدها في يده ضمن قيمتها زائدة وقيمة
ولدها وكذا لو ارسلهما وماتا قبل الوصول الى الحرم لانه فوت الامن عن صيد
مستحق للامن وهو الولد لان الاستحقاق للامن كان ثابتا للام فيثبت للولد بطريق
السراية والتبعية كالتدبير والكتابة والاستيلاد والرهن وباثبات
اليد عليه صار مفوتا للامن عليه فيضمن بخلاف ولد المغصوبة اذا هلك في يد
الغاصب والفرق هو ان ضمان الغصب بازالة يد المالك باثبات اليد العادية
على المحل لا باثبات اليد لان المناسب لايجاب الضمان ازالة اليد لان الاموال
تحفظ بالايدي فازالتها جاز ان يكون سببا للضمان اما اثبات اليد على المحل
سبب لحفظه فلا يناسب وجوب الضمان فالاثبات واذا كان ملازما
للازالة والازالة ملازمة للاثبات وهما امران متلازمان الا ان الحكم يضاف

الى الوصف المناسب كما ان الحكم المعلق بالشرط بلازم وجود الشرط لكن يضاف
الى المناسب وهو السبب لا الشرط وان كان سبب وجوب ضمان الغصب ازاله
اليد ولم يوجد هذا فى الولد لا يجب الضمان اما ضمان الصيد انما يجب باثبات
اليد عليه فان وجوبه بتفويت معنى الصيد به والامن الثابت له بالحرم ومعنى
الصيد به فى سرعة واستيحاشه وبعده عن الايدى فيكون اثبات اليد عليه اتلافا
لمعنى الصيد به فيه حكما وقد تحقق ذلك فى الولد يوضحه ان الحق فى صيد
الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده الى مامنه فاذا لم يرد الى ان
هلك وجد منه المنع بعد الطلب وذلك سبب لوجوب الضمان وفى الغصب
لم يوجد المنع بعد الطلب من صاحب الحق حتى لو ضع الولد بعد طلب المغصوب
منه ثم هلك يضمن ايضا وعلى هذا الطريق يقول اذا هلك الولد قبل تمكنه
من الرد الى الحرم لا يضمن وعلى الطريق الاول هو ضامن ولان فى الصيد الولد
مضمون اصلا لانه فوت الامن المستحق للولد عن الولد اصلا لان الام استحقت
الامن فى الحرم تعظيما واحتراما لها لا احل الحرم فصار التعظيم والاحترام وصفا
ثابتا للام فيتعدى الى الولد بحكم الحريه والاتصال كالرق والحريه فلا يسقط
ذلك الحق بالانفصال كساير الاوصاف فيحدث الولد محترما فاذا اخرجها
من الحرم فقد فوت الامن المستحق عن الولد اصلا فيكون مضمونا اصلا وهنا
لا يمكن ايجاب الضمان بطريق الاصاله ولا بطريق التبعيه لان الوصف الثابت
للام يسرى والغصب ليس بوصف ثابت للام لانه فعل الغاصب ولانه
فعل حقيقى والافعال الحقيقيه لا تسرى الى الاولاد وان تعلق بها حكم
شرعى وبوصف الاصل بها كالجاريه اذا جنت ثم ولدت ولدا لا يجب دفع
الولد معها وكذلك حكم الغصب ليس بوصف ثابت للام لانه ان كان حكمه

وجوب

وجوب الرد فهو فعل وجب على الغاصب ولا تعلق له بالام لدفع الجاريه بالجنايه
وان كان حكمه وجوب القيمه فوجوب القيمه لا يصلح وصفا ايضا لان الوجوب
على الغاصب ولان وجوب القيمه عند فوات الام ولو كان وصفا ثابتا للام
لما وجبت لان الوصف يستدعى وجود الموصوف لا فوات الموصوف فاذا
لم يكن هذه الاوصاف صفه للام لا يسرى الى الولد والمضمونيه ليست صفه
للام لان الضمان فى ذمه الغاصب لا فى الام الا انه يوصف العين به مجازا
كما يقال فلان مغصوب عليه والغصب صفه للغصب ولان ضمان الغصب
مقيد بالمثل ويعتبر قيمته يوم الغصب ولا مماثله بين الضمان وبين الولد لانه
ان لم يكن موجودا وقت الغصب لم يوجد الازاله ولا الاثبات فازالة يده
عن قدر الضمان ازالة ما هو منتفع فى الحال حقيقه من غير ازالة منه وانه
لا يجوز وان كان موجودا لم يوجد الازالة من حيث الحقيقه لانعدام اليد
حسا فلا مماثلة وقد اوجبنا عليه القيمه يوم الغصب فيدخل فيه ضمان
الولد ضرورة فلا يضمن قيمه اخرى بالانفصال هذا هو قضيه القياس فى الصيد
ايضا الا انا تركنا القياس ثمه لان مبناه على التغليظ على ما ذكرنا الا ترى
انه يغرم زياده الشعر فى الصيد ولا يغرم فى الغصب فكذا الزياده المنفصله
ولو لم يلد حتى ادى الجزاء ثم ولدت اوزاد شعرها بعد اداء الجزا لم يكن عليه
فى الولد والزياده شى لان الام انما بقيت صيد الحرم مع انها فى الحل لانها انما
صارت صيد الحل باخراجه وانه محرم مستحق النقض وبالتكفير صار الاخراج
الذى هو تعدى ممحوا فلم يبق الاخراج مستحق النقض فلا يبقى الام صيد الحرم
فلم يكن الولد صيد الحرم ولانه ملكها باداء الجزا فالولد بعد ذلك حدث على
ملكه كما قلنا فى الزياده المتصله ولو ان هذا الحلال باع الظبيه بعدما

اخرجها او ذبحها او اكلها جاز بيعه ولم يكن باكله باس لانه ملكه بالاستيلا القايم عليه
بعد الاخراج وانه مباح في نفسه فصار كما لو اخذه ابتداء في هذه الحالة اكثر ما في الباب
انه تعلق به حق الله تعالى وهو الرد او الجزاء لكن تعلق حق الله تعالى لا يمنع جواز البيع
كما اذا باع مال الزكاة بعد الحول او باع شاة الاضحيه والجزا تعلق بذمته لا بالعين
ولهذا يبقى بعد هلاك العين ولان العاقد والمعقود عليه في موضع يجوز البيع
وهو الحل ولانه بالاخراج صار ضامنا قيمته فصار بمنزلة الغاصب اذا باع
وضمن قيمته نفذ بيعه الا ان الفرق بينهما ان في الغصب لا ينفذ بيعه ما لم يضمنه
المغصوب منه وهنا يجوز بيعه قبل اداء الضمان لان في الغصب المغصوب منه
بالخيار ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن المشتري ان كان هالكا وان شاء
اجاز البيع ان كان قايما ويسقط الضمان على الغاصب اما هنا لا يسقط الضمان
عنه بوجه ما ولا يتصور عدم وجوب الضمان عليه فلهذا جاز بيعه قبل
الضمان ولكن يكره له ذلك لانه صيد الحرم من وجه ولو رخص في ذلك لتطرق
الناس الى اخذ صيد الحرم وانه حرام وفيه افنا صيد الحرم ويحل اكلها لان
الصيد في الحل والذابح في الحل وهو اهل للذكاه الا انه يكره لما ذكرنا ولو قبضها
المشتري ثم ازدادت من شعر او بدن او ولدت ثم ماتت هي واولادها ان كان قبل
التكفير ضمن البايع قيمة الام والزيادة لانه سلط المشتري على اثبات اليد على الاصل
والزيادة فيصير مفوتا الامن على الزيادة فلا فرق بين ان تحصل الزيادة في يده
او في يد المشتري ولانه ازداد في يد المشتري قبل ان يتم ملكه وقبل ان ينقطع حق
الله تعالى ولو فداها قبل الولادة لم يكن عليه في الزيادة شي لانه انقطع عنه حق الله تعالى
كما لو حصلت الزيادة في يده بعد التكفير محرم جرح صيدا في الحل ثم حل من احرامه
ثم ازدادت قيمته من شعر او بدن ثم مات من الجراحه يضمن ما نقصته الجراحه

وقيمته يوم مات لانه جرح صيدا آمنا لما ذكرنا ان الصيد كما يصير آمنا بكونه في الحرم
يصير امنا باحرام الصايد وقد نزل فيه حق الله تعالى فيسري الى الحادث
فلا يبرا من ذلك بخروجه من احرامه كما لا يبرا باخراج الصيد من الحرم ولو ادى
الجزا ثم ازدادت ينظر ان ادى بعد ما حل لم يكن عليه في الزيادة شي لان في الوجه
الاول تلف الزيادة اضيف الى فعل انشاه في حالة الاحرام لان ذلك الفعل لم يصر
محوا وفي الوجه الثاني تلف الزيادة مضاف الى فعل انشاه بعد التكفير
وبعد التكفير هو حلال فلا يضمن كما لو انشا الفعل في هذه الحالة وان ادى قبل
خروجه من الاحرام فمات في يده بعد التكفير غرم قيمة مستقبلة وان كانت
زايدة غرم قيمتها زايدة لان اصل الفعل لما صار محوا بعد التكفير بقي التلف مضافا
الى فعل انشاه بعد التكفير وهو الامساك لانه فعل ممتد وللدوام على ما يستدام
منزلة الانشا فصار كانه اخذه ابتدا بعد ما كفر فيعتبر جنايه مبتداة وهو محرم في هذه
الحالة بخلاف ما اذا حل ثم كفر لان بعد التكفير هو حلال فيصير متلفا بفعل انشاه
بعد التكفير وهو حلال ولانه اذا حل ثم كفر صار وقت التكفير من اهل ان يملك
الصيد بالضمان فملكه لان الصيد في موضع يملك فالزيادة حصلت على ملكه
فصار كالحلال اذا اخرج الصيد وادى الجزاء ثم ازداد بخلاف ما اذا ادى
الجزا وهو محرم فان قيل لم قلت ان الصيد يملك بالجزاء قلنا نعني به ان يملك
بالجزاء في حق الله تعالى لا في حق العباد حتى لو جرحه انسان اخر فليس للاول
ان يضمنه ولو اخذه الثاني فهو له لكن في حق الله تعالى جعل كالمالك لان
باداء الجزا انقطع حق الله تعالى والصيد صار بحال لو قتله ابتدا لا يجب
عليه شي فبسرايه الجنايه اولى لانه لا يكون اقوى من الابتداء ولو اخذ المحرم صيدا
وادى جزاه ثم حل من احرامه والصيد في يده فمات فعليه قيمته لما ذكرنا انه لم يملك

الصيد والامساك له دوام ولو جرحه وهو حلال في الحرم فادى جزاءه فلم يزدد قيمته
حتى مات من ذلك لم يكن عليه شي آخر غير القيمه الاولى قال في الكتاب ولا يشبه امساكه
وهو محرم امساكه اياه وهو حلال بعد الفدا من الجنايه عليه اذا زاد يعني لا يشبه
الامساك الجنايه ولو ادى الجزا وهو ممسك وهو محرم او حلال في الحرم فعليه قيمته
مستقبلة لما ذكرنا بخلاف الجنايه لانه لم يوجد بعد الفدا بسبب تجب به الضمان
والسرايه استندت الى وقت الجنايه فصار كانه قتله وقت الجنايه فلا
تجب الا ما ادى رجل وجب بدنه على نفسه وقلدها فريضه او تطوعا او جزا
صيد ثم باعها جاز بيعه وعليها مثلها وروى خلف بن ايوب عن ابي يوسف رحمهما
الله انه لا يجوز لانه لما جعلها الله تعالى فقد ابطل ملك نفسه فالتحق بالمسجد
والتدبير وام الولد والوقف والدليل على انه ثبت فيها حق الله تعالى انه يسري
الى الولد والحق القايم يمنع البيع لما فيه من ابطال ذلك الحق وعلى هذا الخلاف
اذا وهب رجل لاخر بدنه فقلدها فرضا او تطوعا ثم اراد الواهب ان يرجع
فيها فله ذلك في ظاهر الروايه وروى عن ابي يوسف رحمه الله انه ليس له ذلك
وجه ظاهر الروايه ان العين ملكه من كل وجه والواجب عليه اقامه الفعل في هذا
المحل فيتعين هذا المحل محلا لاقامة الفعل الواجب عليه فيثبت له نوع احترام
حتى يكره الركوب والانتفاع فبهذا تفسر الحق ويثبت ذلك في الولد تبعا لكن بهذا
لا يزول ملكه فلا يمتنع بيعه لكن يكره بخلاف الرهن والتدبير والاستيلاد
لان الحق فيه للعبد واتخاذ المسجد تحرير وازالة عن الملك ولان ايجاب العبد
معتبر بايجاب الله تعالى وايجاب الله تعالى لا يمنع النقل والتحويل كما في نصاب
الزكوة ولهذا لو وهب النصاب من رجل وحال الحول في يده ثم اراد الواهب
ان يرجع فيها له ذلك بالاجماع وان تعلق به حق الله تعالى وقد ذكرنا هذا في الزكاة

واذا

واذا جاز بيعه كان عليه مثلها لان هذا المحل يتعين لاقامه قربه هي حق الله تعالى
فان لم يعين مكانها اخرى حتى زادت البدنه في بدن او شعر او ولدت فعليه
مثلها زايده ومثل ولدها ولو اخرج مكانها اخرى قبل الزياده المتصله والولد لم يكن
عليه في الزياده والولد شي لان في الوجه الاول لم ينتقل حق الله تعالى الى مثله فبقي
متعلقا بعينها فالحق اثرها بها ويثبت هذا الحكم في الزوايد كما قبل البيع و
في الوجه الثاني انتقل الحق الى بدلها وفرغ الاول عن الحق فلا يسري الى الزوايد

باب ــــــــــــــــــــ الصيد يجني عليه الرجلان

في الحرم والاحرام اصل الباب ان ما يجب على الحلال بالجنايه على صيد الحرم
بدل الصيد ومعنى التكفر فيه تابع ولهذا لا يتادى بالصوم وما يجب على المحرم
بالجنايه على الصيد كفاره سوا كان صيد حل او صيد حرم وان كان فيه معنى
البدل من وجه ولهذا يتادى بالصوم وانما كان كذلك لان في الحلال يثبت الامن
للصيد وصار الصيد محرما ولهذا اختص الحرمه بالمحل وحرمه الفعل ساعلى
حرمه المحل فاذا كان المحل اصلا كان الواجب بدلا عن المحل مقصودا وصار
الصيد في حقه كالشجر اما في حق المحرم المحرم هو الفعل وهو الجنايه على المحل
مقصودا ولهذا عم الاماكن لعموم الفعل والمعنى فيه ان الموجب لحرمه القتل على
المحرم قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم اضاف النهي الى الفعل فصار
الفعل محرما ثم يثبت الحرمه للصيد ضرورة تحريم الفعل اما الموجب للحرمه
في حق الحلال قوله عليه السلام لا يُنفَّرُ صيدها وقوله تعالى اولم يروا انا
جعلنا حرما امنا فقد اضاف الحرمه الى المحل فيثبت الحرمه للمحل اصلا
والفعل سعا كما في الشجر ونحوه والفقه فيه ان المحرم كما هو جاني على الصيد
المتقوم بالبدل وهو جاني على احرامه بارتكاب محظوره فيجب عليه البدل

والكفاره اما الحلال فهو جان على المحل لا على الاحرام فلا يجب عليه الا بدل المحل وحرف
اخر ان الشركه في الجنايه يوجب الاشتراك في حكم الجنايه لان الاشتراك في السبب
يوجب الاشتراك في الحكم والجنايه سبب وجوب الضمان فيشتركون في الضمان
غير انه ينظر ان كان الفايت بالجنايه جزا فلا اشتراك في الجنايه لان كل واحد منهم
منفرد بالفعل واتلاف جز وما اتلفه احدهما لا يشاركه الاخر فيه لان ما تلف بفعل
هذا غير ما تلف بفعل الاخر فلم يشتركا في سبب وجوب الضمان فلا يشتركان
في الضمان وان كان الفايت هو الحياة فقد اشتركا فيه فيشتركان في ضمانه ثم هذا
لا يخلو اما ان كانا محرمين او حلالين او احدهما محرم والاخر حلال فان كانا حلالين
لا يجب عليهما الا قيمه واحده لانه بدل المحل وهو واحد وان كانا محرمين فعلى كل
واحد منهما قيمته كملا لان الجنايه هنا على الاحرام والمحرم هو الفعل وفعل كل واحد
منهما غير فعل الاخر وانها موجبه للكفاره حتى كان للصوم فيها مدخل والكفارة
حكم لا يتجزى والسبب لا يتجزى وهو تفويت الحياة والحكم متى تعلق بسبب لا يتجزى
والحكم ايضا لا يتجزى يثبت لكل واحد على سبيل الكمال كاحد الاولياء في النكاح
لان السبب هي القرابه وانها لا تتجزى والنكاح لا يتجزى وكذلك الامان واذا وجد
من الجماعه يضاف الى كل واحد منهم كملا كالعشره اذا قتلوا رجلا يقتلون
لهذا المعنى ان القتل لا يتجزى والقصاص لا يتجزى فاضيفا الى كل واحد منهم
كملا واظهر من هذا اذا قتلوا واحدا خطا فعليهم ديه واحده اعتبارا للمحل لان
الديه بدل المحل وانه واحد وعلى كل واحد كفاره على حده لان الكفاره لا تتجزى
فان بعض الكفاره ليس بكفاره والسبب لا يتجزى وهو القتل فاضيف الى كل
واحد منهم كملا في حق الكفاره وكذا الامة المشتركه اذا ولدت ولدا فادعياه
معا ثبت نسبه منهما ولا ينفرد احدهما بالتصرف في المال لان السبب وان كان

لا يتجزى

لا يتجزى وهو الانخلاق من الماء لكن التصرف في المال يتجزى وينفرد كل واحد
منهما بالنكاح لانه لا يتجزى فيثبت كل واحد منهما على سبيل الانفراد وان كان
احدهما محرما والاخر حلالا لا يجب على الحلال نصف القيمه لانه في حقه بدل المحل فجعل
كان الاخر حلال وعلى المحرم جميع القيمه لانه جزا الفعل وفعله كامل وهذا كله
مذهبنا وعند الشافعي رحمه الله المعتبر اتحاد المحل وتعدده لا تعدد الفاعل
ولهذا قال لا جزا على الدال المعدم اتصال فعله بالمحل وقاس بصيد الحرم
في حق الحلال وبحقوق العباد فان الصيد اذا كان مملوكا لا يجب عليهم الا
قيمه واحده لصاحبه فكذا في حق الله تعالى وحجتنا ما بينا ان الواجب
على المحرم جزا فعله وفعل كل واحد كامل لانه جنى على احرام كامل فيجعل في
حق كل واحد كان ليس معه غيره كالقصاص وكفارة القتل وبخلاف صيد
الحرم لما ذكرنا وهذا لان المعتبر هنا حرمة الاحرام واحرام زيد غير احرام عمرو
هناك المعتبر حرمه الحرم وهي متحده في حقهم وضمان حقوق العباد وجوبه
بطريق الجبران ودفع الضرر وذلك يتم بايجاب بدل واحد وما يجب لحق الله
تعالى لا يكون بطريق الجبران لان الله تعالى يتعالى ان يلحقه خسران ليكون
ما يجب جبرانا وحرف اخر ان القارن عندنا بطريق طوافين ويسعى سعيين
واذا قتل صيدا يلزمه جزان لانه يصير جانيا على احرامين وعند الشافعي
رحمه الله يلزمه جزا واحد لاتحاد المحل فعنده احرام العمره يدخل في احرام
الحج ولهذا قال يطوف طوافا واحدا وعندنا لا يدخل احدهما في الاخر فان
القران ينبي عن الضم والجمع دون التداخل فيصير جانيا على احرامين ثم قال
الشافعي رحمه الله احرام العمره في حكم التبع لاحرام الحج ولهذا يتحقق الجمع بين
النسكين ادا والاصلان لا يجتمعان اداء كالحجتين والعمرتين واذا كان

سببا لا يظهر مع الاصل كحرمة الحرم مع حرمة الاحرام فان المحرم اذا قتل صيدا في الحرم لا يلزمه
الا جزاء واحد لكون حرمة الحرم دون حرمة الاحرام فلا يظهر اثره مع حرمة الاحرام
لكنا نقول كل واحد من الاحرامين اصل مثل صاحبه لان كل واحد منهما يعم الانواع
كلها فلا يكون احدهما تبعا للاخر بل يعتبر كل واحد منهما في ايجاب موجبه كانه
ليس معه صاحبه كما ان حرمة الجماع بسبب الصوم وعدم الملك اذا اجتمعتا بان
زنا الصائم في رمضان يجب عليه الحد والكفارة جميعا وكذلك حرمة الخمر ثابتة
لعينها وتثبت باليمين ايضا حتى لو شرب يلزمه الحد والكفارة بخلاف حرمة
الحرم فانه دون حرمة الاحرام الا انه لا يعم الانواع كلها وانه لا بد من اعتباره في حق
المحرم فانه لا يستغني عن دخول الحرم فاذا كان في حكم التبع لم يعتبر في حق المحرم
ولانه لا مقصود هناك سوى وجوب ترك التعرض للصيد وذلك حاصل في حق
المحرم باحرامه مقصود هناك سوى وجوب ترك التعرض للصيد وذلك حاصل
في حق المحرم للصيد فوجب اعتباره في حق المحرم بالحج كما يجب اعتباره في حق
غير المحرم بالحج وحرف الخزانة اتلاف الصيد سبب لوجوب الضمان وكذا امساكه
الى ان مات في يده غير ان الاتلاف على نوعين حقيقي كالقتل وحكمي وهو ان يفعل
فعلا يخرجه عن حد الصيدية وهو النفر والتوحش والاتلاف الحكمي يمنع الاتلاف
الحكمي من الوجه الذي هو متلف لان اثبات الثابت محال اما لا يمنع الاتلاف الحكمي
من وجه آخر كالحر اذا فقئت عيناه يكون اتلافا حكما حتى يجب كمال الدية فلو
قطعت يداه يكون اتلافا ايضا حتى يجب كمال الدية والاتلاف الحكمي لا يمنع
الاتلاف الحقيقي لبقائه متقوما بعد الاتلاف الحكمي كالحر اذا فقئت عيناه
ثم قتله آخر اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله حلال جرح صيدا في الحرم ثم ان حلالا
آخر جرحه جرحا آخر فمات منهما فهذه المسألة على اربعة اوجه اما ان يكون الجراحتان

مستهلكين

مستهلكتين او لا يكونا مستهلكتين او يكون الاولى مستهلكة دون الثانية او على
العكس ومعنى الاستهلاك ان يخرجه عن حيز التوحش والامتناع لقطع القوائم و
الاجنحة واليدين والرجلين او احدى اليدين او احدى الرجلين او احدى
الجناحين او فقء العينين اما اذا كانتا غير مستهلكتين فعلى الاول ما نقصه جرحه
صحيحا وعلى الثاني ما نقصه جرحه وبه الجرح الاول وما بقي من قيمته فعليهما نصفان
لان الاول نقص المحل الصحيح بفعله وتفرد باتلاف ذلك فينفرد بضمانه والثاني
تفرد باتلاف جزء وهو منقوص بالجرح الاول فيضمن ما نقص بجراحته ثم الباقي
تلف بجنايتهما لاشتراكهما في اتلافه باثر فعلهما فيجب عليهما ذلك فان قيل يجب
ان يلغى هذا التكلف ويضمن الاول نصف قيمته صحيحا يوم جنى لان فعله صادفه
وهو صحيح والثاني نصف قيمته مجروحا بالجرح الاول يوم جنى هو ايضا لان فعله
صادفه وهو مجروح بالجرح الاول قيل له انما صرنا الى التضمين على هذا الوجه
احتياطا لان الصيد اذا كان يساوي عشرة وانتقص بجرح الاول درهمين
يلزمه ذلك ثم انتقص بجرح الثاني مثلا درهم فيلزمه ذلك فبقي سبعة عليهما
على كل واحد منهما ثلثه ونصف فيصير على الاول خمسة ونصف وعلى الثاني اربعة
ونصف ولو ضمن الاول نصف قيمته صحيحا يضمن خمسة والثاني يضمن اربعة لان قيمته
صحيحا عشرة وقيمته يوم جرحه الثاني ثمانية فكان الاحتياط في التضمين على
هذا الوجه حتى لا يسقط شيء من الضمان الواجب بالاتلاف اولا يجب على
الثاني ضمان ما تفرد الاول باتلافه ولو ازداد من الجنايتين او بعدهما فعلى
الاول ما نقصه جرحه وهو صحيح وعلى الثاني ما نقصه جرحه وبه الجرح الاول
ثم قيمته يوم الموت زائدة عليهما نصفان لما ذكرنا ان الزيادة هنا مضمونة
وان كانتا مستهلكتين بان قطع الاول يده او رجله ثم قطع الآخر يده او رجله

الاخر ثم مات منهما فعلى الاول كمال قيمته صحيحا يوم جرحه وعلى الثاني مانقصه
جرحه وبه الجرح الاول ونصف قيمته وبه الجراحتان اما الاول فلانه اتلف
الصيد معنى لانه فوت عليه المشي ان كان يمشي او الطيران ان كان يطير بقطع
احد الجناحين به فصار مستهلكا للحال معنى وفعله صادقه وهو الصحيح فيضمن
كمال قيمته صحيحا مات او لم تمت بخلاف المسئله الاولى لان ذلك الفعل ليس
استهلاك للحال وانما يصير استهلاكا باتصال السراية به واما الثاني
فانه تفرد باتلاف هذا الجزو به الجراحه الاولى وفعله لم يقع اتلافا لان
الاستهلاك الحكمي لا يرد على الاستهلاك الحكمي عند اتحاد الجنس كاستهلاك
الحقيقي على الاستهلاك الحقيقي فيجب عليه النقصان لانه بعد الاستهلاك الحكمي
بقي صيد الحرم حرام التعرض فيضمن ثم صارا شريكين في اتلاف الباقي الا
ان الاول ضمن جميع القيمه مره فلا يضمن ثانيا والثاني ضمن النقصان دون القيمه
فيضمن نصف قيمته يوم الموت ولو ازدادت قيمته بين الجنايتين فعلى الاول
مانقصته جنايته وقيمته زايده وبه الجنايه الاولى يريد انه يجب عليه
كمال قيمته زايده لانه لما ضمن كمال قيمته الاصل ضمن الزياده بخلاف المسئله
الاولى لانه لم يضمن بكمال كمال قيمه الاصل فلا يضمن الزياده للحال وانما
يضمن القيمه يوم الموت فيضمن الزياده ايضا يوم الموت وعلى الثاني مانقصته
جنايته من قيمته ونصف قيمته يوم مات وبه الجنايتان وهذا كله اذا كانت
الجنايه الثانيه من الثاني من جنس الجنايه الاولى فان لم يكن من جنس الجنايه
الاولى بان قطع الاول يده او رجله ثم الثاني فقا عينه يضمن الثاني جميع
قيمته وهو مقطوع اليد او الرجل في الحال لان المتلف حكما يتصور اتلافه
حكما بتفويت جنس منفعه اخرى والثاني فوت منفعه اخرى وهو منفعه

البصر

البصر فصار متلفا له حكما وهو ناقص فيضمن جميع قيمته يوم الجنايه كما
لو قطع يدي عبد ضمن كمال القيمه فلو فقا اخر عينيه ضمن كمال قيمته وهو
مقطوع اليدين كذلك هنا اما اذا كانت الثانيه من جنس الاول فالثاني
لم يتلف جنس المنفعه فيضمن النقصان وان كانت الاولى غير مستهلكه
والثانيه مستهلكه بان قطع الثاني يده او رجله فعلى الاولى مانقصه جرحه
ونصف قيمته يوم وهو مجروح بالجراحتين وعلى الثاني جميع قيمته وهو
مجروح بالجروح الاول اما الاول فلان النقصان وهو صحيح حصل بفعله
وفعله ليس باتلاف لا حقيقه ولا حكما والموت حصل بجنايتهما فيضمن نصف
قيمته وبه الجنايتان واما الثاني فلانه فوت عليه جنس المنفعه فصار متلفا
حكما وبه الجرح الاول فيضمن قيمته مجروحا بالجرح الاول فان زادت قيمته
بين الجنايتين فعلى الاول مانقصه جنايته يوم جنى ونصف قيمته يوم مات
وبه الجنايتان وعلى الثاني مانقصته جنايته يوم جنى وقيمته زايده يوم مات
وبه الجنايتان هذا و تمام قيمته زايده مجروحا بالجراحه الاولى سوا وكذلك لو
كانت الزياده بعد الجنايتين لما قلنا ولو كانت الجنايه الاولى مستهلكه
والثانيه غير مستهلكه فهذا وما لو كانتا مستهلكتين والجنس واحد سوا ولو
ان الاول قطع يده او رجله ثم قتله اخر فعلى الاولى قيمته قيمته صحيحا وعلى
الثاني قيمته وبه الجنايه الاولى لان الاول اتلفه معنى وهو صحيح والثاني
اتلفه حقيقه وهو مجروح بالجرح الاول والاتلاف الحكمي لا يمنع الاتلاف الحقيقي
فيضمن كل واحد منهما ما اتلفه كما لو فقا عيني عبد وضمن كمال القيمه ثم قتله
اخر ضمن الاول كمال قيمته صحيحا والثاني قيمته وهو مفقوء العينين هذا
هو الكلام في الحلالين ثم اعاد محمد رحمه الله هذه المسائل في الحرمين على هذا

الترتيب فقال محرم جرح صيدا جرحا لا يستهلكه ثم جرحه محرم آخر مثل ذلك الجرح
فمات الصيد منهما فعلى كل واحد منهما تمام قيمته وبه جنايه صاحبه هذا
لفظ الكتاب واللفظ الذى ذكرنا فى المسايل المتقدمه اظهر وهو ان يقول
يضمن الاول ما نقصته جراحته وهو صحيح ويضمن الثانى ما نقصته جراحته مجروحا
بالجراحه الاولى وعند الموت يضمن كل واحد منهما كل القيمه مجروحا بالجراحتين
فيكون هذا وما قال فى الكتاب انه يضمن الاول كل قيمته وبه الجراحه
الثانيه والثانى يضمن كل قيمته وبه الجراحه الاولى سوا فى المعنى فرق بين الحلالين
وبين المحرمين اذا جرحا الصيد على هذا الوجه ومات فان فى الحلالين يضمن
كل واحد منهما نصف القيمه وفى المحرمين يضمن كل واحد منهما تمام القيمه
والفرق ما ذكرنا ان ما يجب على الحلال بدل المحل ومعنى التكفير والجزا تابع
وما يجب على المحرم فهو جزا الفعل ومعنى البدل فيه تابع استشهد محمد رحمه الله
فى الاصل فقال الا ترى ان المحرمين لو قتلا صيدا بضربه واحده كان على
كل واحد منهما قيمه كامله ولو قتله حلالان بضربه واحده كان على كل
واحد منهما نصف قيمته صحيحا لان احدهما لم ينفرد باتلاف شى من الصيد
لم يشاركه صاحبه فيه فكان ذلك عليهما نصفين ولو كانا قتلاه بضربتين
معا او على التعاقب كان على كل واحد منهما ما نقصته ضربته وما بقى من
قيمته مضروبا بضربتين فهو عليهما نصفان لان الضربة اذا اختلفت
فقد تفرد كل واحد منهما باتلاف جزو لم يشاركه صاحبه فيه لان ضربة
كل واحد منهما صادف محلا لم يصادفه ضربه صاحبه فينفرد بضمانه
ثم اشتركا فى اتلاف الباقى باثر فعليهما فكان عليهما ولم يذكر محمد رحمه الله
فى الاصل ولا صاحب الكتاب هنا انه اذا قتل المحرمان صيدا بضربتين

والجواب

والجواب انه يضمن كل واحد منهما ما تلف بضربه وما تلف بسرايه فعليهما كان
عليهما نصفان كما فى الحلالين هكذا ذكره الصدر الشهيد رحمه الله قال محمد رح
فى الاصل والمحرم فى الحرم بمنزله المحرم فى غير الحرم يريد به ان الجزا لا يتضاعف
على المحرم بسبب الجنايه فى الحرم وان اجتمع حرمتان حرمه الحرم وحرمه الاحرام
كما يتضاعف الجزا على القارن لاجتماع حرمه احرام الحج والعمرة لان حرمة
الحرم وصف المكان ثبت تعظيما للبقعه والاحرام شرع تعظيما لها ايضا الا
ان الاحرام فعله وهو طاعه فاذا امكن تعظيم البقعه العظمه بالعباده استغنى
عما ليس بعباده فلم يظهر حرمه الحرم عند وجود الاحرام فيكون هذا جنايه على
الاحرام لا على الحرم فاما احرام الحج واحرام العمرة كل واحد منهما عباده والتعظيم
باحدهما لا يغنى عن التعظيم بالاخر والتعظيم بكل واحد منهما سوا فيكون جنايه
عليهما فيوجب جزاين وهذا لان الحكم متى تعلق بالمكان والفعل على معنى
انه يجب عند كل واحد منهما فعند اجتماعهما يضاف الى الفعل كالقتيل الموجود
فى المحله اذا عرف قاتله لا يجب على اهل المحلة شى اعتبارا للفعل وسقط
اعتبار المحل واذا لم يعرف القاتل يعتبر المحل محرم قطع يد صيد ثم قطع
اخر رجله او يده الاخرى فعلى الاول كمال قيمته صحيحا وعلى الثانى كمال قيمته
وبه الجنايه الاولى هكذا قال فى الكتاب وعلى ما ذكرنا من القياس على الاول
كمال قيمته صحيحا وعلى الثانى ما نقصته جراحته ثم يضمن جميع قيمته مجروحا
بالجراحتين وهذا وما قال فى الكتاب سوا وانما كان كذلك لما قلنا فى الحلالين
فلو كانت الجنايه الاولى غير مستهلكه والثانيه مستهلكه فعلى كل واحد
منهما قيمته وبه جنايه صاحبه هكذا قال فى الكتاب وعلى ما ذكرنا من العباره
على الاول ما نقصته جراحته ثم يضمن جميع قيمته وبه الجراحتان وعلى الثانى

جميع قيمته مجروحا بالجراحه الاولى وهذا وما قال في الكتاب سوا والمعنى فيه
ما ذكرنا في الحلالين الا ان ثم يجب النصف وهنا الكل ولو كان الجارح الاول
قارنا وتعدد جرحه جرحا غير مستهلك ثم جرحه مفرد بالحج جرحا غير مستهلك ايضا
فمات من ذلك كله فعلى الاول قيمتان وبه الجرح الثاني وعلى الثاني قيمته وبه
الجرح الاول هكذا قال في الكتاب وعلى ما ذكرنا من العباده يجب على الاول ما نقصته
جراحته ضعف ما يجب على المفرد ثم اذا مات يضمن قيمتين مجروحا بالجراحتين
والثاني ما نقصته جراحته مجروحا بالجراحه الاولى ثم يضمن قيمته مجروحا بالجراحتين
وهذا وما قال في الكتاب سواء وانما يتضاعف الجزا على الاول لانه جنى على احرامين
لكونه قارنا ولو كانا قارنين فكذلك الجواب الا انه يتضاعف على الثاني ايضا فيلزمه
قيمتان وبه الجراحه الاولى قال في الكتاب وكل شي وجب على المحرم فيه الجزا
في الحل او في الحرم جاز فيه الذبح والصدقه والصوم اراد به جزاء الصيد لان
المحرم قد يرتكب محظورا يجب عليه الجزاء سوى الجنايه على الصيد نحو التطيب
وحلق الراس عن غير اذى ولا يجوز فيه الصوم وانما يخير في جزاء الصيد بين الاشياء
الثلثه بالكتاب وهو قوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم الايه
وما يجب على الحلال لم يجزه الصوم واجزيه الصدقه والذبح لان الصوم يصلح واجبا
بطريق التكفير وفي حق الحلال التكفير تابع لما ذكرنا وهذا لان المحرم يجب عليه
الجزا المعنى في نفسه فجاز ان يقوم فعله مقامه اما الحلال يجب عليه الجزا المعنى
في الصيد فلا يقوم فعله مقامه وروى الحسن عن ابي حنيفه رحمه الله انه انما
يجزيه الذبح عن صيد الحرم اذا تصدق باللحم وقيمه اللحم مثل قيمه الصيد اما ان كان
دونه فعليه ان يتصدق بالزياده الى تمام قيمه الصيد ليصير بدلا ثم اعاد
رحمه الله جنايه الحلالين وفرع عليها الزياده بين الجنايتين فقال حلال

حج

جرح صيدا من الحرم جرحا غير مستهلك ثم جرحه حلال اخر مثله فزادت قيمته ثم
هلك منهما ضمن الاول نقصان الجنايه الاولى لتفرده به وضمن الثاني نقصان الجنايه
الثانيه وبه الجرح الاول لانه تفرد به وما بقي من قيمته مع الزياده عليهما لان
الزياده مضمونه على ما مر ولو كانت الزياده بين الجراحتين فعلى الاول نقصان
جراحته مع الزياده وما بقي من قيمته مع الزياده عليهما لان الزياده مضمونه
على الجارح وان لم يكن موجوده وقت الجراحه وفي بعض النسخ على الاول
ما نقصته جراحته غير زايد لانها حصلت بعد جنايته وعلى الثاني ما نقصته
جنايته زايده لانها حصلت قبل جنايته وما بقي عليهما ولو كان الاول قطع يده
والثاني رجله وزاد بينهما ومات فعلى الاول ما نقصته الجراحه الاولى غير زايده
وقيمته زايده يوم مات وبه الجنايه الثانيه وعلى الثاني ما نقصته جنايته زايده
ونصف قيمته يوم مات وبه الجنايتان وهذا لا يشكل في حق الثاني لانه لم يتلفه
قبل الموت لا حقيقه ولا حكما لكونه تالفا بفعل الاول حكما وانما يشكل في حق
الاول لان فعله اتلاف حكما وكان ينبغي ان يجب عليه جميع قيمته يوم جنى من غير
اعتبار النقصان كما ذكرناه اذا لم يرد الا ان الوجه فيه ان هنا تغير حال
الصيد بالزياده وتوفير كل ما وجب عليه من الضمان فيما قلنا لانا لو اوجبنا
عليه جميع قيمته صحيحا يوم جنى وبه الجنايه الثانيه ادى الى اسقاط ما وجب
عليه من نصف ضمان الزياده بسبب سرايه جنايته لانه حين جنى لم يكن
الزياده موجوده فلا يدخل ضمان الزياده في قيمته يوم جنى ولو قلنا يضمن
يوم مات زايده ادى الى اسقاط ضمان ما انفرد باتلافه وهو اليد لانها
مقطوعه وقت الموت فكان توفير الضمان الواجب عليه في اعتبار
النقصان اولا ثم قيمته زايده يوم مات وبه الجنايه الثانيه بخلاف ما اذا

لم تحلل الزيادة لانه لا تودي ... الى هذا وقت ... حكما فيجب قيمته يوم القطع ولو
كانت الجنايه الاولى ... مستهلكه و المسلة بحالها فعلى الاول ما نقصته جنايته
يوم جنى ونصف قيمته يوم مات وبه الجنايتان على ما مر وعلى الثاني ما نقصته
الجنايه الثانيه من قيمته يوم جنى وقيمته زايده يوم مات وبه الجنايتان فقد
اعتبر النقصان في حق الثاني وفعله اتلاف حكما وكان ينبغي ان يجب قيمته زايده
يوم جنى وبه الجنايه الاولى الا ان الجواب ان هذا اختلاف العبارة لا اختلا
في ... لانه لا يسقط عن الجاني شي من الضمان الواجب عليه بسبب جنايته وهذا
كمن جرح عبد رجل خطا ومات ولا عاقله لا فرق بين ان يقال على الجاني قيمته
صحيحا وبين ان يقال عليه قيمته ما نقصته الجراحه وقيمته مجروحا كذلك هنا
وكذا لو كانت الزيادة بعد الجنايتين فعلى هذا القياس والله اعلم

باب المحرم يجرح الصيد ثم

يضيف الى احرامه احراما او يحل من ذلك ثم يحرم احراما اخر ويشاركه
حلال وهو محرم بشيئين او بشي واحد اصل الباب ما ذكرنا ان ما يجب على المحرم
بالجنايه على صيد الحرم جزا الفعل فيتعدد بتعدد الجاني وما يجب على الحلال
بدل المحل فلا يتعدد والعبرة في باب الجنايات لعدد الجناة واحكامها لا
لعدد الجنايات وحرف اخر ان اختلاف الاحرامين في ايجاب الجزا بالجنا
على صيد الحرم كاختلاف المحرمين فتعدد الاحرام يوجب تعدد الجزا لان
السبب في الموضعين هو الجنايه على الاحرام وانه متعدد في الصورتين جميعا
وحرف اخر ان الجنايه متى تكررت في عين واحد في احرام واحد ان لم يتخلل البر
وبين الجنايتين كان حكمه حكم جنايه واحده لاتحاد المحل والسبب كما
في الجنايه على الادمي وان تخلل البر اعتبر كل واحده جنايه على حده كالجنايه

على الادمي ايضا وقد ذكرنا ذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله محرم بعمره جرح صيدا
جرحا غير مستهلك ثم اضاف الى عمرته حجه ثم جرحه جرحا اخر غير مستهلك فهلك
الصيد من ذلك كله فعليه قيمته صحيحا للعمره لا يرفع عنه شي بالجنايه الثانيه
وعليه قيمه اخرى للحجه به الجرح الاول لانه لما جرحه في احرام العمره والصيد
صحيح واتصل به الموت فقد جنى على احرام العمره فقتل الصيد فيضمن قيمته فان قيل
وجب ان يحط عنه نقصان الجرح الثاني لان اختلاف الاحرامين بمنزله
اختلاف المحرمين ولو اختلف المحرمان بان كان احدهما مفردا بعمره فجرح و
الاخر مفردا بحجه فجرح ومات يضمن الاول قيمته وبه الجراحه الثانيه قلنا
وهو الفرق بينهما وهو ان ثم ما تلف بالجنايه من الثاني لم يتلف بجنايه الاول ولا بسرايه
بسرايه جنايته فيجب طرحه اما هنا ان لم يتلف بجنايته الاول ولا بسرايه جنا
لكن تلف بمباشره جنايه وجدت منه على الاحرام تلك العمره لان احرام تلك العمره
باق وهو الجرح الثاني فصار الجرح الثاني جنايه منه على الاحرام الاول والجنايه
على الحج وجد وبه الجرح الاول فيضمن قيمته مجروحا بالجرح الاول لان الجنايه
الاولى لم يصادف احرام الحجه فلا يجب عليه للحج نقصان تلك الجراحه فان
قيل ينبغي ان يجب عليه ثلاث قيم قيمة بالجنايه الاولى على احرام العمره وقيمتان
بالجنايه على احرام العمرة والحج حين جرحه ثانيا لانه قارن وقت الجنايه الثانيه
قيل له قد لزمه بالجنايه على احرام العمره على هذا الصيد جزاوه والجنايه
على صيد واحد في احرام واحد لا يوجب اكثر من جزاء واحد لانه مقدر
بالمتلف فكان فيه معنى البدليه من وجه قايما وجب الجزا بالجنايه الثانيه
بسبب احرام الحج لولاه لما وجب فكان بمنزله المفرد عند الجنايه فلهذا
لزمه قيمتان ولو حل من العمره ثم احرم بالحج ثم جرح ومات من ذلك فعليه للعمره

قيمته به الجرح الثاني وللحج قيمته وبه الجرح الاولى لان كل جنايه صادفت احرامها على حده
فصار بمنزله محرمين جرح كل واحد منهما هذا الصيد جرحا على حده يجب على كل واحد
قيمته مجروحا بجراحه صاحبه فرق بين هذا وبين الاول والفرق انه اذا لم يحل من العمره
فالجنايه الثانيه وجدت حال قيام العمره ولو لم يضف اليه احرام الحج كانت الثانيه
مضمونه ان كانت بعد البرء ممنوعا عنها ان كانت قبله فلا يسقط عنه شي لضم
الحجه اليه فاما اذا احل من العمرة فقد انعدم الاحرام ولولا احرام الحج لكانت الجنايه
الثانيه هدرا ولا يضمن بسبب العمره شيا فالاحرام الحج بعده لا يوجب للعمره شيا بالجنايه
الثانيه فلهذا لم يطرح عنه في المسله الاولى شي بالجرح الثاني وطرح في المسلة الثانيه
ولانه اذا احل فانما صار قاتلا بعد السرايه وقد وجد جرح اخر قبل السرايه واحرام
العمره وقت الجرح الثاني ليس بباق ليكون الجرح الثاني جنايه على احرام العمره
فيوجب رفعه بخلاف المسله الاولى وانما طرحنا نقصان الجنايه الاولى
عما لزمه للحجة في المسلتين لان الجنايه الاولى وجدت قبل احرامه للحج فصار
كما لو جرحه وهو حلال ثم احرم بحجه ثم جرحه جرحا اخر ومات من ذلك كله
ولو حل من عمرته ثم قرن والمسله بحالها فعليه ثلث قيم قيمه للعمره وبه الجرح
الثاني لانه لما حل من العمره لم يكن الجنايه الثانيه مضمونه في ذلك الاحرام فوجب
حط الجراحه الثانيه عنه لما ذكرنا وقيمتان للقران وبه الجرح الاول لانه
جنى على احرامين وبه الجرح الاول وصار بمنزله قارن جرح صيدا ومفرد
جرحه جراحه اخرى ومات منهما فعلى القارن قيمتان به جرح المفرد وعلى المفرد
قيمه به جرح القارن ولو كان الجرح الاول مستهلكا والمسله بحالها غرم للعمره
قيمته صحيحا وللقران قيمتين به الجرح الاول لان الاول لما كان مستهلكا وجب
عليه قيمته صحيحا للحال على ما ذكرنا ولا يكون الثاني مستهلكا اذا كان من جنس

الاول

الاول محرم وحلال قتلا صيدا في الحرم بضربه واحده بان اخذا رمحا واحدا ميلا ل
وجرحاه به جرحا واحدا ورميا عن قوس واحد ثم مات الصيد من ذلك فعلى الحلال
نصف قيمته صحيحا وعلى المحرم جميع قيمته صحيحا لما ذكرنا ان الواجب على الحلال
بدل فلا فرق في حقه بين ان يشاركه محرم او حلال وما وجب على المحرم جزا
فلا فرق في حقه ايضا لتحقق الجنايه على الاحرام لم يعتبر النقصان هنا لان
احدهما لم ينفرد باتلاف جزو لم يشاركه صاحبه فيه فان الضربه واحده وقد
لاقت الصيد وهو صحيح ولو قتلاه بضربتين ووقعتا معا نغرم كل واحد منهما
ما نقصته ضربته من قيمته صحيحا لان كل واحد منهما تفرد باتلاف جزمنه ثم على
الحلال نصف قيمته مضروبا بضربتين وعلى المحرم جميع قيمته مضروبا بضربتين
اعتبر النقصان هنا لان كل واحد منهما تفرد باتلاف جزمنه فينفرد بضمانه و
ذكر الجصاص عن القاضي ابي خازم ان ما ذكر محمد رحمه الله من جواب الضربتين اذا وقعتا
معا محمول على ما اذا كان نقصان ضربه احدهما اكثر من الاخر ليفيد اعتبار النقصان اما اذا
كانا على السوا بان كان نقصان ضربه كل واحد منهما درهم مثلا لا حاجه الى اعتبار
النقصان بجعل كل واحد منهما لعدم الفايده ولا يودي الى اسقاط بعض ما وجب على كل
واحد منهما بل يجب على الحلال نصف قيمته صحيحا وعلى المحرم جميع قيمته صحيحا لكن الصحيح ما قاله
محمد رحمه الله لان ما كان لا يودي الى اسقاط شي مما وجب عليه لكنه يودي الى ان يجب
على المحرم ضمان ما انفرد الحلال باتلافه مباشره وهذا لا وجه له بيانه انه اذا كان
قيمه الصيد عشره وانتقص بكل جنايه درهم بقيت قيمته يوم الموت ثمانيه فلو
اوجبنا على المحرم ما انتقص بجنايته وذلك درهم وقيمته يوم مات مضروبا بضربتين
يكون جميع ما غرم تسعه دراهم ولو اوجبنا عليه قيمته يوم الجنايه يلزمه عشره وقد
انتقص درهم بجنايه الحلال فيلزم منه ايجاب زياده على المحرم من غير ان يتلف مما

وسببنا اما في حق الحلال لا يتفاوت الحال فانه لو غرم ما انتقص بجنايته اولا وذلك
درهم ونصف قيمته يوم الموت وذلك اربعه يلزمه خمسه ولو غرم نصف قيمته صحيحا يوم
الضرب يلزمه خمسه ايضا ولو بدا الحلال ثم ثنى المفرد فعلى الحلال ما نقصته جنايته
صحيحا وعلى المحرم قيمته وبه الجراحه الاولى وعلى الحلال نصف ما بقي من قيمته وبه الجنايتان
هكذا قال في الكتاب وعلى العباره التي قلنا في الباب المتقدم فعلى المحرم ما نقصته جراحته
وبه الجرح الاول ثم يجب عليه كل قيمته مجروحا بالجراحتين وعلى الحلال ما نقصته
جراحته صحيحا ونصف قيمته مجروحا بالجراحتين وهذا وما قال في الكتاب سوا
اما الحلال فلان النقصان كان بمباشرة الجرح وهو صحيح والهلاك بسرايه فعله
وهو مجروح بجرحين واما المحرم فلان النقصان كان بالمباشره وهو منقوص بالجرح
الاول والهلاك بسرايه فعله وهو منقوص بجرحين الا ان الذي عليه كفاره من وجه
فيتكامل ولو كانت الجنايه الاولى من الحلال استهلاكا بان كان قطع يدا او رجلا
والجنايه الثانيه من المحرم ليس باستهلاك فعلى الحلال قيمته كامله في الحلال
لانه فوت الصيد بعني وجوب المحرم ما قلنا مفرد بالحج وقارن وحلال قتلوا صيدا
في الحرم بضربه واحده فعلى القارن جزاان يريد به قيمتان وعلى المفرد جزا يريد
به قيمة وعلى الحلال ثلث الجزا يريد به ثلث قيمته لانهم اشتركوا فيما تلف بمباشرة
جنايتهم وفيما تلف بسرايه جنايتهم الا ان الواجب يتجزى في حق الحلال لمعنى البدليه
ويتكامل في حق المفرد ويتضاعف في حق القارن لما قلنا فان بدا الحلال
بجرحه ثم ثنى المفرد ثم ثلث القارن فمات من ذلك كله فعلى الحلال ما نقصته
جنايته من قيمته صحيحا لانه تفرد باتلافه وثلث قيمته مجروحا بثلاث جراحات هكذا
ذكر في بعض النسخ وذكر في البعض وعليه ثلث قيمته وبه الجراحتان الاخريان قالوا
الاول هو الروايه الاولى لان ما انتقص بفعله ضمنه ثم يرفع عنه ذلك كما يرفع عنه

النقصان

النقصان الحاصل بالجراحتين الاخريين وتاويل الروايه الثانيه انه لم يذكر جراحة نفسه
لوضوحه اي بالجراحتان الباقيتان سوى جراحه نفسه وعلى المفرد ما نقصته جراحته
مجروحا بالجراحه الاولى لان فعله صادفه وهو مجروح بالجراحه الاولى وعليه قيمته وبه الجراحات
الثلاث وفي بعض النسخ وبه الجرح الاول والثاني قالوا الاول اصح والثاني سهو من الكاتب
لان الثاني فعله فلا يرفع عنه ما انتقص بفعله وانما يرفع عنه ما انتقص بفعل غيره وتاويل
الروايه الثانيه يعني الاولى قبل جرحه والثانيه بعد جرحه فيكون ثالثه في الحقيقه وسكت
عن جرح نفسه لوضوحه وعلى القارن قيمتان وبه الجراحتان الاوليان لان جنايته وجدت
وبه الجراحتان وعلى ما ذكرنا من العباره فعلى القارن ما نقصته جراحته مجروحا بالجراحتين
لكن ضعف النقصان ثم قيمتان مجروحا بثلاث جراحات وهذا وما قال في الكتاب
سوا ولو كانت الجنايه الاولى والثانيه استهلاكا بان كانت الاولى قطع يد او رجل
والثانيه فقوا عينين فعلى الحلال قيمته صحيحا في الحلال لان الاستهلاك
الحكمي لا يتوقف على السرايه وعلى المفرد قيمته وبه الجرح الاول لانه اتلفه حكما
من وجه اخر وبه الجنايه الاولى لان توحش الصيد بقوايمه وعينيه والامتناع
من حيث القوايم وان فات فمن حيث العينين قايم فكان الثاني اتلافا كالاول
ولا يرفع عنه الجرح الثالث لانه استهلاك للحال بخلاف ما اذا هلك بالسرايه
وعلى القارن قيمتان وبه الجنايتان الاوليان لانه اتلفه حقيقه باثر فعله
وهو منقوص بالجنايتين وذكر في بعض روايات الاصل فقي عينين وفي
بعضها فقي عين واراد به الجنس لا بموت عين واحده منفرد بعمرة جرح
صيدا ثم جرحه حلال ثم اضاف المفرد الى العمرة حجه ثم جرح الصيد جرحا
اخر فمات من ذلك كله فعلى المحرم قيمته وبه الجرح الاوسط للعمره وهو جرح
الحلال لان الجرح الاول فعله والثالث ايضا فعله وقد وجد قبل ان يحل

من العمرة ولا يجب رفعه اما الاوسط فعل غيره فلذلك وجب رفعه فصار عليه للعمرة
قيمته وبه الجرح الاوسط وعليه قيمة اخرى للحجه وبه الجراحتان الاوليان لان الاول
وان كان فعله لكنه سبق احرام الحج فلم يكن جنايه عليه والاوسط فعل غيره
فالجناية الاولى لم يصادف احرام الحج والثانيه لم يصادف احرام العمرة وهذه عين مسئله
الاول الباب الا ان الزياده فيها جنايه الحلال فيرفع عنه ما انتقص بجنايه الحلال
والباقي ما ذكرنا وعلى الحلال ما نقصته جراحته مجروحا بالجرح الاول ونصف قيمته مجروحا
بثلاث جراحات اما النقصان وبه الجراحه الاولى فظاهر واما نصف القيمة وبه
ثلاث جراحات لانه اتلف نصف صيد مجروحا بجراحتين وقد ضمن جراحه نفسه
فيرفع عنه الكل ثم انما يضمن النصف وان تلف الصيد بثلاث جنايات لان
العبره لعدد الجناة لا لعدد الجنايات والجاني اثنان ولو جرحه المفرد بالعمرة ثم
حل من عمرته ثم جرحه حلال في الحرم ثم قرن الذي حل من عمرته ثم جرحه جرحا آخر
فمات من ذلك كله فعلى المفرد بالعمرة قيمته به الجنايتان الاخريان لانه لما حل لم يكن
الجنايه الثالثه جنايه منه على العمرة الاولى فوجب رفعها ورفع جنايه الحلال
ايضا واذا رفعت الجنايه الثانيه والثالثه كان عليه قيمته وبه الجنايتان
وعليه ايضا للقران قيمتان به الجراحتان الاوليان لانهما كانتا قبل احرامه
للقران وهذه المسئله عين المسئله الثانيه من الباب الا ان الزياده فيها جنايه
الحلال وعلى الحلال ما نقصه الجرح الثاني مجروحا بالجرح الاول ونصف قيمته
به الجراحات الثلاث لما قلنا ولو كانت الجراحات كلها استهلاكا من قطع يد
او رجل او فقء عينين فعلى المفرد بالعمرة قيمته صحيحا للعمرة لانه اتلفه حكما
وهو صحيح وعليه للقران قيمتان به الجنايتان لانه حل من عمرته وهذا احرام
آخر للعمرة واحرام للحجه وقد استهلكه حكما وهو مجروح بجراحتين وعلى

الحلال ما نقصه جرحه به الجنايه الاولى ونصف قيمته وبه الجراحات الثلاث لما
ذكرنا وتاويل المسئله ان الاول قطع يده وكان استهلاكا ثم الحلال قطع رجله فلم يكن
استهلاكا ثم الاول بعد ما قرن فقأ عينيه وكان استهلاكا وانما عنى بقوله
لو كانت الجراحات كلها استهلاكا اي في صورة الاستهلاك لو انفرد كان استهلاكا
ولهذا اعتبر النقصان في جنايه الحلال محرم اصطاد صيدا فعليه ارساله لما
قلنا في الباب المتقدم فان ارسله انسان من يده فلا شيء عليه لان الصيد محرم العين
على المحرم بالنص قال الله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فلم يملكه بالاخذ لكن
اشترى خمرا لا يملكه لانه محرم العين واذا لم يملكه لم يكن المرسل متلفا عليه شيئا ولانه
فعل ما يحق عليه فعله شرعا فهو كمن اراق خمر المسلم بخلاف ما لو احرم وفي يده صيد فانه
يجب عليه ارساله فان ارسله انسان من يده فعليه قيمته عند ابي حنيفه رحمه الله فهما سوا
بين الصيد المملوك وغيره ولابو حنيفه رحمه الله فرق فقال الصيد قبل الاحرام كان
ملكا له معصوما ولم يبطل ذلك بالاحرام الا ان الصيد لو كان في بيته يبقى مملوكا
متقوما على حاله عندنا فالذي ارسله من يده اتلف عليه ملكا متقوما فيضمن بخلاف
اراقه الخمر على المسلم ثم الواجب عليه رفع يده ولو رفع بنفسه يرفعه على وجه لا يفوت
ملكه بعد ما حل من احرامه فاذا فوت عليه ملكه فقد زاد على ما يحق عليه فعله فيكون
ضامنا وهذا طريقه ايضا في اتلاف المعازف بخلاف ما اذا اخذه في حاله الاحرام لانه
لم يملكه على ما ذكرنا دل على الفرق بينهما ان المحرم اذا اخذ صيدا ثم ارسله فاخذه غيره
ثم وجده المحرم في يده بعد ما حل فليس له ان يسترده منه وبمثله لو احرم وفي يده صيد
فارسله ثم وجده بعد ما حل في يد غيره كان له ان يسترده منه وعند الشافعي رحمه الله
اذا كان للمحرم صيد مملوك في منزله يلزمه ارساله لانه متعرض له بامساكه في ملكه
وذلك حرام عليه بسبب الاحرام فيلزمه ارساله كما لو كان في يده حقيقه لكنا نستدل

عليه بالد... ظاهرة فان الناس يحرمون ولهم في بيوتهم بروج الحمامات وغيرها ولم يتكلف
احد ... الاحرام ولا امر بذلك وهذا لان المستحق عليه ترك التعرض
... ان التعرض ملكه وتعرضه انما يتحقق اذا كان الصيد في يده بحضرته
... اما عنه في بيته لا يكون هو متعرضا له فلا يلزمه ارساله وهذا لان
الارسال لا يزول ملكه فلا فايده الا ترى انه لما حرم عليه التعرض للصيد يحرم
عليه التطيب ولبس المخيط ولا يلزمه اخراج شي من ذلك من ملكه فلو قتل انسان
الصيد الذى اخذه المحرم او الحلال في الحرم وهو حلال او محرم في الحرم او في الحل
على كل واحد منهما جزاوه اما القاتل فلانه جنى على احرامه او الحرم بقتل الصيد واما
الاخذ فلانه جان على احرامه او الحرم بالاخذ ثم الحلال هنا يضمن جميع القيمه كالمحرم
سوا بخلاف ما لو اشتركا في قتله حيث يضمن الحلال نصف قيمته لان الضمان على
الحلال هنا وجب بالقتل والقتل وجد منه وحده وفي الشركه وجد منهما ثم يرجع
الاخذ على القاتل بما ضمن من الجزا عندنا وقال زفر رحمه الله لا يرجع عليه بشي لان
المحرم ضمن بفعل نفسه وهو الاخذ فلا يرجع على غيره ولانه لم يملك الصيد ولا
كانت له فيه يد محترمة ووجوب الضمان على القاتل باعتبار احد هذين
المعنيين ولانه بالقتل لزمته كفارة تعين بها ويخرج بالصوم منها فلو رجع
عليه انما يرجع بضمان الماليه ويحبس به ولا يجوز ان يرجع عليه باكثر مما
لزمه الا انا نقول الاخذ لما ادى الجزا ان لم يملك الصيد فقد قام مقام المالك
لان اخذ الصيد سبب للملك وهو قابل للملك في الجمله ولهذا يملك الصيد في الحرم
بالارث الا انه لا يمكن اثبات الملك فيه لمعنى فيه وهو كونه صيد الحرم لكن اذا
لم يمكن اثبات الملك فيه لمعنى فيه وهو كونه صيد الحرم الا انه اذا لم يمكن اثبات
الملك فيه مع وجود السبب وهو ادا الضمان لانه يقتضى ثبوت الملك في الضما

مسند

مستند الى السبب السابق اظهرنا الشبهه في حق بدل الصيد واقمته مقام المالك
في حق الرجوع بيد له على القاتل لانه مانع في حق البدل ولا تعذر فيهما في حق البدل
وان تعذر في نفس الصيد كما في غاصب المدبر ولان يده على هذا الصيد يد معتبره
لانه يتمكن بها من الارسال واسقاط الجزا به عن نفسه كيد الغاصب على المغصوب بيد
معتبره مع انعدام الملك لتمكنه بها من اسقاط الضمان والقاتل يصير مفوتا عليه هذه
اليد فيكون ضامنا له وان لم يملكه الاخذ كما لو قتل المدبر في يد الغاصب فوّت
فوت عليه ما كان على شرف السقوط وذلك سبب مثبت للرجوع كشهود الطلاق
قبل الدخول اذا رجعوا والذى قال يفتى به او يخرج عنه بالصوم فذاك ليس
راجع الى نفس الحق بل المعنى ممن له الحق فان حقوق الله تعالى على عباده بطريق
الفتوى والخروج عنه بالصوم لان الله تعالى غنى عن مال عباده انما يطلب منهم
التعظيم لامره ومثل هذا التفاوت لا يمنع الرجوع كالاب اذا غصب مدبر ابنه
فغصب منه اخر ثم ان الابن ضمن اباه رجع الاب على الغاصب منه وان كان
هو لا يحبس فيما لزمه لابنه ويكون له ان يحبس الغاصب منه فيما يطالبه به ولو
صاده حلال في الحرم فقتله صبى او نصرانى او بهيمه في يده فعلى الاخذ جزاوه
لما قلنا ولا شى على القاتل من الجزاء واما الصبى فلانه لا تكليف عليه فلا يظهر الحرمه
في حقه واما النصرانى فلانه ما دان بعصمته وقد امرنا ان نتركهم وما يدينون ولان
ادا الجزا عباده وهما لا يخاطبان بالعباده الا ان الاخذ يرجع على القاتل بما ضمن لان
الاخذ لما قام مقام المالك فيه صار كان الصبى او النصرانى قتلا صيدا مملوكا له وهما
يواخذان بضمان الافعال حقا للعبد حلال دل محرما على صيد في الحرم او حلالا
مثله او نصرانيا او صبيا فقتله فلا ضمان على الدال ولو كان الدال محرما وجب
عليه الجزاء والفرق ما قلنا في الباب الاول ان الدال ليس بمتلف فلا يضمن بالدلالة

الا ان المحرم ضمن بعقد الاحرام ان لا يتعرض للصيد والتزم الضمان بالتعرض له وبالدلاله
تعرض له لان امنه في الجبال بمكانه فاذا اعلم بالدلاله صار متعرضا له فلزمه ما التزم
من الضمان بالتعرض بخلاف الحلال فان قيل لو كانت الدلاله محظور احرامه
ووجب عليه الجزاء ان يحرم تناوله اذا قتله الحلال باشاره المحرم او دلالته قلنا فيه روايتان
والاصح انه يحرم تناوله قال محمد رحمه الله في الزيادات على سبيل الاستشهاد الا ترى ان
الجزا يجب على المحرم بالدلالة وان كان لا يحرم الصيد بدلاله المحرم وذكر الحاكم رحمه الله
في المنتقى ان الصيد يحرم بدلاله المحرم في قول ابي حنيفه وابي يوسف وظاهر قوله
عليه السلام لاصحاب ابي قتاده رضي الله عنهم هل اعنتم هل اشرتم هل دللتم دليل عليه
حيث علق الاباحه بانتفا الكل وكان ما ذكره في الزيادات قول محمد رحمه الله وانما يجب
الجزا على الدال اذا لم يعلم به الصايد اما اذا علم به فلا شي عليه وكذلك اذا لم يصدقه
ثم اخبره اخر وصدق الثاني وقتله فالجزا على الثاني لا على الاول والله اعلم

كتاب القضاء

باب ما ينفذ من قضاء القاضي وما لا ينفذ

اصل الباب ان كل من يصلح شاهدا في حادثه يصلح قاضيا فيها ومن لا يصلح شاهدا لا يصلح قاضيا
فيها لان كل واحد منهما اثبات الولايه على الغير لان الشاهد اوجب القضا على القاضي
والقاضي يلزم الحق على المشهود عليه فكانا مثلين فصح الاستدلال باحدهما على الاخر نفيا
واثباتا ولان القضا انفاذ موجب الشهاده وتتميم حكمها فكان منها ثم القاضي اذا
قضى لا يخلو من ثلثه اوجه اما ان يقضي لغيره من كل وجه او لنفسه من كل وجه او
لغيره من وجه ولنفسه من وجه ففي الوجه الاول ان قضى بما في كتاب الله تعالى او سنة
رسوله صلى الله عليه وسلم او فيما اتفق عليه الصحابه او التابعون رضي الله عنهم نفذ
قضاؤه وليس لاخر ان يبطله وكذلك ان قضى بما صح عنده عن واحد من المعروفين من

الصحابه رضي الله عنهم لان قول مثله حجه وهو مقدم على القياس لقوله عليه السلام اصحابي
كالنجوم بايهم اقتديتم اهتديتم ولان فيما يبلغه عن الصحابي رضي الله عنه احتمال السماع
فقد كانوا يسمعون من رسول الله صلى الله عليه وسلم ويفتون به تارة ويروون اخرى
وفيه ايضا احتمال ترجح الاصابة في نفس الراى فقد وقفوا ما لم يوقف غيرهم بعدهم
ولا ينبغي له ان يخالفهم ان كانت المسئله مختلفه بينهم ويبتدع شيا من رايه لانهم
لو اجتمعوا على قول لم يجز لاحد ان يخالفهم فاذا اختلفوا على اقاويل محصوره
فذلك اجماع منهم على ان الحق لا يعدوهم فلا يجوز لاحد ان يخالفهم ولكن يختار احسن
الاقاويل في نفسه لانهم لما اختلفوا ولم يجر المحاجة بينهم بالرواية فقد انقطع احتمال
السماع وتعين القول بالراى فتعارض اقاويلهم كتعارض الاقيسه وعند ذلك على القاضي
ان يصير الى الترجيح ويعمل بما ظهر رجحان رايه فيه فان لم يتبين له وجه الترجيح
فله ان يعمل باي الاقاويل شا لان بالتعارض لا ينعدم الحجه في اقاويلهم فينبغي
ان يعمل باحسنها في نفسه ويكون ذلك منه عملا بالحجة فان لم يجد من احد منهم شيا
وهو من اهل الاجتهاد يجتهد فيه ويقيسه بما جا عنهم ويقضي بما راى انه الحق لانه
مامور بالقضاء والتكليف بحسب الوسع والذي في وسعه الاجتهاد عند انقطاع
الادلة كما في اشتباه القبلة والاصل فيه حديث معاذ رضي الله عنه فان اشكل عليه
شاور رهطا من اهل الفقه وكذلك ان لم يكن من اهل الاجتهاد لانه يحتاج الى معرفه
الحكم ليقضي به وقد يعجز عن ادراكه بنفسه فيرجع الى من يعرفه كما اذا احتاج
الى قيمة شي فان اختلفوا فيه نظر الى احسن اقاويلهم واشبهها بالحق فياخذ به
كما بينا في اختلاف الصحابه رضي الله عنهم الا ان هنا ان راى خلاف رايهم احسن
واشبه بالحق قضى بذلك لان اجماعهم لا ينعقد بدون رايه وهو واحد منهم ولان
رايه صواب عنده واقوى من رايهم فلو قضى براي غيره كان قاضيا بما هو خطا عنده

وقضاؤه بما عنده انه هو الصواب اولى وان لم يكن من اهل الاجتهاد ليختار بعض الاقاويل نظر الى افقههم عنده واورعهم فقضى بقوله فهذا اجتهاد مثله ولا يعجل بالحكم اذا لم يتبين له الامر ما لم يتأمل ويشاور الفقهاء لانه مامور بالقضاء بالحق ولا يستدرك ذلك الا بالتأمل وقال عليه السلام التأني من الله والعجلة من الشيطان والاصل فيه حديث الشعبي رحمه الله قال كانت القضية ترفع الى عمر رضي الله عنه وربما يتأمل في ذلك شهرا او يستشير اصحابه وحديث ابن مسعود رضي الله عنه في المفوضة معروف فاذا قضى لغيره بما ذكرنا من الدلائل على الترتيب الذي ذكرنا او باجتهاده في موضع يسوغ فيه الاجتهاد بان لم يخالف نصا او اجماعا نفذ قضاؤه على من وافق رايه راي القاضي او خالف حتى لا يجوز لغيره ان ينقضه لان قضاءه اذا نفذ عن اجتهاد فقد ترجح اجتهاده باتصال القضاء به وثبت له زيادة رتبة فلو نقضنا باجتهاد اخر لم يتصل القضاء به لنقضنا الشيء بما هو دونه وذلك لا يجوز وان قضى في حادثة لا يسوغ فيها الاجتهاد بان خالف نصا او اجماعا لا ينفذ لان الاجتهاد ليس بحجة في هذه الصورة وهو كما لو تحرى في القبلة عند معاينة المحراب او عنده من يسال عنه وفي الوجه الثاني لا ينفذ ولا يتوقف على اجازة قاض اخر حتى لا يعمل فيه اجازة قاض اخر لان ذلك الحكم ان كان منصوصا عليه او مختلفا فيه او مجتهدا فيه لكن الامة اجتمعت على ان قضاء القاضي لنفسه ولمن لا يجوز شهادته له باطل وكان قضاؤه وامضاء غيره مخالفا للاجماع وفي الوجه الثالث صورته اذا كان اعمى او محدودا في قذف وقد تاب فقضى لغيره لا ينفذ فان امضاه قاض اخر نفذ لانه قضى لنفسه من وجه لان كونه قاضيا مختلف فيه فلو نفذ قضاؤه يصير قاضيا لنفسه فلا ينفذ لكن يتوقف لان له مجيزا لان من العلماء من يقول يصلح قاضيا وشاهدا بخلاف ما لو قضى بشهادة الاعمى والمحدود في القذف حيث ينفذ لان شهادتهما مختلف فيها اما القضاء بشهادتهما ليس بمختلف ليكون قاضيا لنفسه من وجه

فسد

حكم الحكم

فسد وحرف اخر ان حكم الحكم في حق المحكمين بمنزلة قضاء القاضي في حق الناس كافة فيعتبر اهلية الحكم للشهادة في حقهما كما يعتبر ذلك في حق القاضي في حق الناس كافة وبمنزلة الفتوى في حق غيرهما حتى لو رفع حكمه الى القاضي وهو مخالف لرأيه ابطله وان كان ذلك مما يختلف فيه الفقهاء ويسوغ فيه الاجتهاد وعند ابن ابي ليلى حكم الحكم بينهما في المجتهدات نافذ ولا يبطله القاضي الا ان يكون مخالفا للنص او الاجماع بمنزلة قضاء القاضي والاصل في جواز التحكيم قوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ولما روي ان ابي بن كعب وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما اختصما في شيء فحكما زيد بن ثابت رضي الله عنهما وجه قول ابن ابي ليلى انه فيما بينهما صار كالحكم المولى وحكم الحاكم في المجتهدات نافذ لا يبطله قاض اخر ولان هذا الحكم لو اراد ان يبطل حكم نفسه في المجتهدات ليس له ذلك فكذا لا يكون لقاض اخر لكنا نقول سبب هذا الحكم اتفاق الخصمين فيكون بمنزلة اصطلاحهما على شيء بالتراضي ولو اصطلحا في المجتهدات على شيء ثم رفعا الى القاضي كان له رايا في تنفيذه وابطاله فهذا مثله وهذا لان لهما ولاية على انفسهما ولا ولاية لهما على القاضي وقد كان للقاضي رايا في هذه الحادثة لو ارتفعا قبل حكم الحكم بينهما فلا يبطل رايه بحكمه ولانه ولاية للحكم على المجتهدين في هذه الحادثة في تقديم قول البعض انما ولايته على نفسه وعلى الخصمين فلا يصير المجتهد فيه بحكمه كالمتفق عليه بخلاف القاضي المولى فله ولاية على الناس كافة لان لموليه وهو الخليفة ولاية على الناس كافة وانما لا يبطله اذا وافق رايه لا لان حكمه يلزم القاضي شيئا ولكن لانه لو نقضه احتاج الى اعادة مثله فليس في الاشتغال بالنقض فائدة وانما لا ينقض حكمه بنفسه لزوال ولايته حين نفذ الحكم بينهما اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله اذا مات الرجل وله على القاضي او امراته او بعض اقاربه ممن لا تقبل شهادة القاضي له دين فادعى

رجل انه وصي الميت واقام بينة على ذلك فانه يقضي بوصايته استحسانا لان القاضي
يصلح شاهدا في هذا لما ذكرنا في الشهادات ان الغريمين اذا شهدا بالوصاية والموت
ظاهر قبلت شهادتهما استحسانا فكذا القضا ولانه لو لم ينفذ يحتاج الى نصب
الوصي والقضا ووصي الميت ابعد من التهمة من وصيه ولو ان القاضي او ابنه او امرأته
دفع اليه الدين وقعت البراة لانهم دفعوا الى وصي الميت فلو مات القاضي او عزل
وجحد الورثة الوصاية وارادوا اخذ الدين من القاضي او ابنه فقامت البينة على
قضا القاضي بالوصاية للوصي وقبل قضا الدين منه ومن قريبه فان القاضي الثاني ينفذ
قضاء الاول ويجيز قضاء الدين منه ومن قريبه ولو ابطله لا يبطل لان قضا الاول
وقع في محل الاجتهاد وليس ثم نص ولا اجماع بخلافه وقد ذكرنا ان مثل هذا القضا
لا ينقض بالاجتهاد فكان الثاني في الرد مبطلا فلا يبطل اشار في الكتاب الى الفقه
الذي مر في مقدمة الباب ان كل من يصلح شاهدا يصلح قاضيا ولو ان القاضي
دفع الدين او قريبه الى الوصي اولا ثم شهد الشهود بالوصاية فقضى بذلك ثم عزل
او مات فان القاضي الثاني يبطل القضاء الاول اولا يجعله وصيا ولا يبرأ القاضي ولا
قريبه من الدين لانه بعد قضاء الدين لا يصلح شاهدا لانه شاهد لنفسه او لابنه
من كل وجه لانه يصحح فعل نفسه وهو الدفع اليه ويثبت براة نفسه عن الدين و
شهادة المرء لنفسه لا يقبل فكذلك قضاؤه لنفسه لا ينفذ ومتى لم ينفذ ابطل الثاني
هذا القضا ثم سوى في الكتاب في الجواب بين القاضي وبين امرأته وابنه قال
مشايخنا رحمهم الله يجب ان يكون الجواب في ابنه وامرأته خلاف الجواب في نفسه
لان قضا القاضي لنفسه باطل بالاجماع فلا يتوقف نفاذه على قضا قاض اخر فاما
قضاؤه لابنه وامرأته مختلف فيه كما ان شهادته لابنه وامرأته مختلف فيها فان
عند الشافعي يجوز شهادة احد الزوجين لصاحبه وعند مالك يجوز شهادة الولد لوالده

وشهادة

وشهادة الوالد لولده فاذا رفع الى قاض يرى قضاءه لابنه وامرأته جايزا فاجازه يجب
ان ينفذ لانه قضى في فصل مجتهد فيه وكذلك لو ادعى رجل انه ابن الميت ووارثه
لا وارث له غيره فان سمع القاضي الشهادة على ذلك قبل قضاء الدين جاز قضاؤه وجاز
قضا الدين بعده لانه لو شهد على النسب قبل قضاء الدين تقبل استحسانا على ما ذكرنا
فكذلك اذا قضى ولو جاء اخو الميت وهو معروف فجحد الابن لا يبطل القضا لان القضا
قد نفذ بالحجة ولو كان قد قضى الدين ثم قضى بالنسب بعد ذلك لم يجز لانه لم يصلح
شاهدا فكذا لا يصلح قاضيا ولو امضى هذا القضاء قاض اخر لا ينفذ لانه باطل
وليس في موضع الاجتهاد لانه قضى لنفسه والامة مجمعة على بطلانه ولو مات
رجل ولم يدع وصيا والوارث غايب وله على القاضي او على بعض من لا تقبل شهادته
له دين فجعل القاضي له وصيا واشهد بذلك ثم قضى القاضي او بعض قرابته الدين
اليه كان جايزا لان القاضي يملك نصب الوصي اذا ظهر الموت صيانة لحقوق
الميت وتحرزا عن تعطيلها فالقضا حصل الى الوصي فصح ولو لم يمت ولكنه غايب فادعى
رجل ان الغايب وكله بقبض ديونه بالكوفة او قال بقبض ديونه التي له على القاضي
او على احد من قرابته واقام البينة وقضى القاضي بالوكالة لم ينفذ قضاؤه ولم يبرأ
من الدين اذا دفع اليه ولو مات او عزل ثم رفع ذلك الى قاض اخر ابطل ذلك كله
لان القاضي لو شهد بالوكالة لا تقبل فكذا اذا قضى فرق بين الوكالة والوصاية
والفرق ان القاضي لو شهد بالوصاية تقبل استحسانا فكذا اذا قضى ولو شهد
بالوكالة لا تقبل فكذا اذا قضى وحقيقة الفرق وهو ان القاضي يملك نصب الوصي
اذا كان الموت ظاهرا فلا يكون ثبوته مضافا الى هذه البينة لو شهدوا في هذا
القضا ليصير قاضيا لنفسه لو قضى لكن انما عين الوصي بهذه البينة لو شهد
هو او غيره فلا يقع القضا لنفسه فينفذ فاما القاضي لا يملك نصب الوكيل على

الغايب فلو ثبت لثبت بهذه البينه لو شهدوا بهذا القضا، لو قضى فيصير واقعا لنفسه
من وجه فاخذنا بالاستحسان فى الوصايه وبالقياس فى الوكالة لهذا وهذا لانه لا ضرورة
فى الوكالة لانه على شرف الحضور ساعه فساعه بخلاف الوصايه وكذا لو قضى الدين اولا
ثم قضى بالوكالة لما قلنا فى الوصايه بل اولى فلو انه قضى بالوكالة ثم دفع الدين اليه ثم رفع
الامر الى قاض اخر فامضاه وحوزه ثم رفع الى قاض ثالث يرى القضا الاول باطلا فانه يجيز
ما امضى القاضى الثانى وليس له ان يبطله علل فى الكتاب لانه امضى فصلا مختلفا
فيه اشار الى ان من الفقها من يجيز القضا، بالوكاله كما يجيز بالوصايه لان الوصى
وكيل بعد الوفاة والوكيل بعد الوفاه والوكيل قبل الوفاة سوا فاذا امضى الثانى
فقد اجاز قضا مختلفا فهو فى محل الاجتهاد وليس بخلافه نص ولا اجماع فينفذ على
الكل ولو كان القاضى الثانى ابطل القضا الاول لا يكون لغيره ان يجيزه بعد ذلك
لانه ابطل فصلا مجتهدا فيه فينفذ على الكل ولو انه قضى الدين اولا ثم قضى بالوكالة
ثم رفع ذلك الى قاض اخر فامضاه وراه جايزا ثم رفع الى قاض اخر يرى ذلك
باطلا فانه يبطل ذلك كله ويرده لان الثانى اجاز قضاءً باطلا لان القاضى
قضى لنفسه من كل وجه فى هذه الحاله وانه باطل بالاجماع فاذا امضى الثانى
فقد امضى قضاءً باطلا بالاجماع فلم يصح امضاوه فاما فى الفصل الاول لم يكن القضا
لنفسه من كل وجه وانه مجتهد فيه فالثانى امضى قضاً مجتهدا فيه فان قيل فى
الفصل الاول القضاء بالوكاله لو صادف فصلا مجتهدا فيه يجب ان ينفذ ولا
يتوقف على اجازه قاض اخر كما لو قضى بشهادة الاعمى او المحدود فى القذف بعد
التوبة قيل له الفرق من وجهين احدهما ان نفس قضايه مختلف فيه والمختلف لا ينفذ
الا باتصال القضا به والثانى ان القضا فى فصل مجتهد فيه انما ينفذ ولا يتوقف
على اجازه قاض آخر اذا كان قضا للغير من كل وجه كالقضا بشهادة الاعمى و

المحدود

والمحدود فى القذف اما اذا كان كونه قضا لنفسه من كل وجه مختلفا بين الفقها رحمهم الله
مثل هذا القضا يتوقف على اجازه قاض اخر حتى يزول احتمال القضا لنفسه من وجه
باجازه قاض اخر كما لو قضى لامراته لا ينفذ الا باجازه قاض اخر وان قضى فى فصل
مجتهد فيه لاحتمال انه قضى لنفسه من وجه ولو ان قاضيا قضى بشهادة محدودين
فى قذف قد تابا وراها جايزة ثم عزل او مات فوقع ذلك الى قاض لا يرى قبول
شهادتهما فانه ينفذه ولا يرده لان الاول قضى لغيره من كل وجه ولم يقض لنفسه من وجه
فى موضع اختلف فيه الفقها رحمهم الله فنفذ وروى عن ابى يوسف رحمه الله انه
لا يجوز لانه خالف الكتاب قال الشيخ الامام الزاهد المعروف بخواهرزاده رحمه الله
قال مشايخنا رحمهم الله هذا اذا كان القاضى يعرف ان الاول يرى جوازه و
حقيته بان قال الاول لاح لى ذلك اما اذا عرف ان الاول لا يرى حقيته بان قال
الحق ما قاله علما العراق رحمهم الله انه لا تقبل شهاده المحدود فى القذف وان تاب
ومع هذا لو قضى به كان للثانى ان يبطله لانه يتبين ان الاول ما كان قضى حيث
قضى بخلاف رايه كالمتحرى اذا صلى الى جهه غير ما وقع تحريه اليها لم يكن مصليا
واليه اشار محمد رحمه الله فى الكتاب حيث قال وراها جايزة وان لم يعرف الثانى
ان الاول يرى جوازه ام لا لا يبطله ويحمل قضاءه على ما يراه جايزا حتى حكى عن استاذنا
عن الشيخ الامام الزاهد عبد الواحد الشيبانى رحمهم الله انه قال اشتراط محمد
رحمه الله لجواز القضاء ان القاضى يرى ذلك دليل على ان ما فعله القضاه
من امرهم لشفعوى المذهب بالقضا بابطال الطلاق المضاف وجواز بيع المدبر
انما يجوز اذا كان القاضى الامر يرى حقيته بان لاح له ذلك الدليل فاما اذا راه
باطلا ومع ذلك امر فقضى كان باطلا كما لو قضى بنفسه وهو يرى خلافه وذكر
فى الرجوع عن الشهادات اذا شهد محدودان فى قذف بشهادة فلم يعلم بذلك القاضى

نفى شهادة محدودين فى قذف تابا

شرط علم الثانى بان الاول يرى جوازه

امر الحنفى الشافعى لفسخ النكاح

حتى قضى بشهادتهما ثم علم بذلك وليس من رايه امضاه فانه يرد القضا ويأخذ المال
من المقضى له لانه ظهر له الخطا في قضايه قال شمس الائمه السرخسي رحمه الله وهذا
بنا على ان قضا القاضي في المجتهدات انما ينفذ اذا صدر عن اجتهاد فاما اذا لم يكن
عن اجتهاد وانما كان عن تلبيس واشتباه لم ينفذ وهو ظاهر المذهب على ما اشار
اليه في الجامع ذكره الخصاف وقد روى عن ابي حنيفه ان قضاه في المجتهدات
نافذ وان لم يكن عن اجتهاد لانه لا ينقض قضاه ما لم يتبين له الخطا بيقين وفي
المجتهدات لا يتبين ذلك فعلى تلك الروايه لا ينقض القضا هنا ايضا قال وكذلك
لو علم انهما عبدان او كافران او اعميان اما في العبدين والكافرين فقد ظهر ان قضاه
كان بخلاف الاجماع فهو باطل وفي الاعميين الجواب مثل الجواب في المحدودين في القذف
لان قضا حصل فيما هو مجتهد فيه وان لم يقصد الاجتهاد وقد نص على انه
قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله يعني رد القضا واخذ المال من المقضى له
واشار الخصاف رحمه الله في ادب القاضي اذا قضى بخلاف رايه ينفذ عند ابي حنيفه
خلافا لابي يوسف ومحمد فانه قال القاضي اذا قضى في حادثه اختلف فيها الفقها
رحمهم الله وله مذهب فيها لكن نسي مذهبه وقضى ثم تبين انه قضى بمذهب غيره
نسي مذهبه وقضى بخلافه
قال ابو حنيفه رحمه الله ينفذ القضا وقال ابو يوسف رحمه الله لا ينفذ ذكر قول
ابي يوسف ولم يذكر قول محمد وذكر في العيون لو ان قاضيا اليه في امر من الامور وهو
يذهب في ذلك الى مذهب فنسي مذهبه وقضى بخلافه فان ابا حنيفه رحمه الله
يمضي ذلك القضا ولا يرجع عنه اذا كان مما جا فيه الاثر لانه صادف محلا
مجتهدا فينفذ ولا ينقض اذ لا فايده في النقض لانه ينقضه ويقضي على حسب ما قضى
به الاول ولم يجاوز حد الاختلاف لان الثاني كالاول في انه يتوهم خطاوه و
يرجا صوابه بخلاف ما اذا خالف النص لان في الثاني نصا وفي الاول لا وقضى
بطن

بطن فاسد وكان في نقضه فايده وقال ابو يوسف يرد ذلك ويقضي بما كان رايه
لان القضا بالمجتهد انما لا ينقض اذا قضى مع اعتقاد حقيته ذلك القضا ويذهب
ذلك المذهب فاما اذا اعتقد فساده لا يمضيه كما اذا خالف النص ناسيا وذكر
القاضي الامام ابو علي النسفي رحمه الله القاضي اذا نسي رايه وقضى براي غيره ثم تذكر
رايه قال ابو حنيفه رحمه الله ياخذ برايه في المستقبل ولا يبطل ذلك القضا
وقال ابو يوسف يبطل وذكر القاضي الامام ابو الحسن علي بن الحسين السغدي
والشيخ الامام شمس الائمه ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي في شرح ادب القاضي قول
محمد مع ابي يوسف وجعل القاضي الامام هذا هذه المسله فرعا للمسله المذكوره هنا
وهو ان القاضي اذا قضى بخلاف رايه عند ابي حنيفه رحمه الله ينفذ وعندهما لا ينفذ
فبهذا تبين ان المذكور في الجامع من اشتراط هذا الشرط قول محمد رحمه الله وان كان قول
الكل فقد وقع اتفاقا فعلى هذا ما يفعله القضاه اليوم من تقليد شفعوي المذهب في اليمين
المضافه وبيع المدبر ان كان التقليد للحكم ببطلان اليمين وجواز بيع المدبر كان قول
ابي حنيفه وان كان التقليد للحكم بما يرى كان قول الكل الا ترى ان السلف رحمهم الله
كانوا يتقلدون القضا من الخلفا ويرون ما يحكمون على رايهم نافذا وان كان ذلك مخالفا
لراي الخلفا لا اتباعهم في المسايل جدهم عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وفي المنتقى ان
القاضي اذا قضى فغلط في قضايه فقضى بخلاف رايه فاصاب بعض الاختلاف قال
ابو حنيفه رحمه الله جاز وقال ابو يوسف ومحمد يرد وكذا ذكر الناطفي رحمه الله قول
محمد مع ابي يوسف في اجناسه وذكر انه لو قضى بخلاف مذهبه مع العلم بحاله لا يجوز
في قولهم ذكر الخصاف رحمه الله في ادب القاضي اذا وقعت مسله فيها اختلاف
اجتهد رايه وقضى به وان شاور قوما من اهل مجلسه واتفقوا على شي حكم به وان
اختلفوا فيه قضى بما هو الحق عنده فان اجمعوا على شي ورايه بخلافه فلا يعجل وليكتب

الى غيرهم ثم ينظر الى الاحسن عنده فيعمل به فان كان له رأى فشاور فقيها
واحدا جاز له ان ياخذ بقوله وان كان عنده راى بخلاف رايه قضى برايه وان كان
الذى شاوره افقه منه جاز له ان يترك اجتهاده والرجوع الى قوله قال ابو بكر الجصاص
رحمه الله هذا قول ابى حنيفة رحمه الله وروى داود بن رشيد عن محمد رحمهما الله
نحو هذا وروى اسد بن عمرو عن ابى حنيفة رحمه الله انه لا يسعه الا ان يحكم برايه
وقالا لا يجوز له ان يترك اجتهاده لاجتهاد غيره وكان ابو عبد الله الجرجانى رحمه الله
يقول فى قول ابى حنيفة رحمه الله لا يجوز وفى قولهما يجوز فاذا فى نفاذ قضاء القاضى
بخلاف رأيه وهو عالم به عن ابى حنيفة رحمه الله روايتان وكذا عن محمد رحمه الله
واختيار القاضى الامام شمس الدين محمود رحمه الله عدم النفاذ وهذا كله فرع
مذهبنا بناء على ان شهادة المحدود فى القذف بعد التوبة لا يقبل وعند الشافعى رحمه الله
تقبل وهو قول عمر رضى الله عنه وقد كان يقول لابى بكرة وقد حد فى القذف
تب تقبل شهادتك واستدل بظاهر الاية فان الله تعالى قال الا الذين تابوا
والاستثناء متى تعقب كلمات منسوقة بعضها على البعض ينصرف الى جميع ما تقدم
الا ما قام الدليل عليه كقول القائل امرأته طالق وعبده حر وعليه حجة الا ان يدخل الدار
ثم قام الدليل من حيث الاجماع على ان الاستثناء لا ينصرف الى الجلد فبقى ما سواه على الظاهر
مع ان عندنا ينصرف الى الجلد ايضا الا ان الجلد حق المقذوف ولهذا يورث عنده
فتوبته فى ذلك ان يستعفيه فلا جرم اذا استعفاه فعفا عنه سقط الجلد ولهذا اذا
تاب قبل الجلد تقبل شهادته بالاجماع ولان هذه شهادة صدرت من اهلها فى محلها و
مست الحاجة الى قبولها فتقبل كالمحدود فى الزنا ولا شك فى الاوصاف لانه خبر صدر
عن عاقل مسلم عدل وهو اهل من حيث الحكم ايضا بدليل انعقاد النكاح بحضرته مع
نفى النبى عليه السلام النكاح الا بشهود ولمحل مجلس الحكم وخفاء الحق والحاجة احيا

ح

حق المستحق ويمكن القاضى من دفع المنازعة بينهما انما الكلام فى الموجب للرد وهو فسقه
وذلك ارتفع بالتوبة وهذا على اصلكم اظهر لان النهى عن قبول شهادته يدل على ان
له شهادة شرعا الا انه لا تقبل للعارض الفسق وقد زال بالتوبة وانما قلنا ذلك
لان الموجب للرد اما ان يكون نفس القذف او اقامة الحد عليه او تهمة الفسق لا وجه
الى الاول لانه خبر متميل بين الصدق والكذب فباعتبار الصدق لا يوجب الرد
خصوصا على التابيد وكذلك باعتبار الكذب فلا تاثير للكذب فى رد الشهادة
على التابيد ولان هذا افتراء منه على عبد من عباد الله تعالى فلا يكون اعظم من افترائه
على الله تعالى وهو الكفر وذلك لا يوجب رد الشهادة على التابيد وهذا [illegible]
اظهر فانكم تقولون قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته وان لم يتب وبعد التوبة تقبل
بالاتفاق ولا وجه الى الثانى فان ذلك فعل الغير ويعتبر اقامة هذا الحد باقامة سائر
الحدود وهذا لان الحد من وجه تمام تطهيرا قال عليه السلام الحدود كفارات لاهلها فلا
يصلح ان يكون سببا لرد شهادته على التابيد وحاله اذا تاب بعد اقامة الحد عليه
احسن من حاله قبل اقامة الحد عليه فاذا بطل الوجهان صح ان الموجب للرد فسقه
وقد ارتفع ذلك بالتوبة بدليل قبول خبره فى الديانات ولهذا قلت لا يقبل شهادته
قبل اقامة الحد عليه اذا لم يتب لان الفسق ثبت بنفس القذف لما فيه من هتك
ستر العفة على المسلم ولهذا تجب الحد عليه والحد لا يجب الا بارتكاب جريمة موجبة
للفسق ولان هذا محدود فى قذف فثبتت توبته فتقبل شهادته كالذمى اذا
اسلم بعد اقامة حد القذف عليه ولهذا تقبل شهادته بعد اقامة حد الزنا مع ان الزنا
افحش ولهذا كانت عقوبته اغلظ فلان تقبل هنا كان اولى ثم انكم ناقضتم
حيث قلتم تقبل شهادة الذمى المحدود فى القذف اذا اسلم ولا تقبل شهادة العبد
المحدود اذا اعتق ومذهبنا ما روى عن ابرهيم وشريح رحمهما الله وهو قول ابن عباس

رضي الله عنهما فانه كان يقول تقبل توبته فيما بينه وبين الله تعالى فاما نحن فلا نقبل شهادته
وحجتنا قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا والابد ما لا نهاية له فالتنصيص عليه في
بيان رد شهادته دليل على انه يتناول الشهادة على التابيد ومعنى قوله لهم اي للمحدود
في القذف بالتوبة لا يخرج من ان يكون محدودا في قذف بخلاف قوله تعالى ولا تصل
على احد منهم مات ابدا ومعناه من المنافقين وبالتوبة يخرج من ان يكون منافقا والمراد
من الاية شهادته في الحوادث لا الشهادة له نحو فان ذلك مقبولة بالاجماع قبل التوبة
وبعده ولا ما ياتي به من الشهود على صدق مقالته فالصحيح من المذهب عندنا انه اذا اقام
اربعة من الشهدا على صدق مقالته بعد اقامة الحد عليه تقبل ويصير هو مقبول الشهادة
وقوله تعالى لهم بمنزلة قوله شهادتهم كما يقال هذه دارك وهذه دار لك اذا كان اللفظ
يصلح لكل واحد منهما بحث استفاوهما لان النكرة في النفي تعم وفي التنكير دليل على ان المراد
ما قلنا دون اربعة يشهدون له فانه لو كان المراد ذلك لقال ولا تقبلوا لهم الشهادة
فالمنكر اذا اعيد يعاد معرفا قال الله تعالى كما ارسلنا الى فرعون رسولا فعصى
فرعون الرسول ولا كلام في المسئلة من طريق القياس فان مقادير الحدود لا يعرف
به ولكن الكلام على طريق الاستدلال بالمنصوص فنقول ان رد الشهادة من تمام حده واصل
الحد لا يسقط بالتوبة فما هو متمم له لا يسقط ايضا وبيانه ان نفس القذف لا يوجب
الحد كما قال انه حين محتمل وربما يكون حسبة اذا علم اصراره ووجد اربعة من الشهدا
ليقيم عليه الحد ولهذا يتمكن من اثباته بالبينة ولكن وجوب الحد عليه بالقذف
مع عجزه عن الاتيان باربعة من الشهدا واليه اشار الله تعالى في قوله عز وجل ثم
لم ياتوا باربعة شهدا فالمعطوف على الشرط شرط ثم العجز عن ذلك نظير ما يظهر به
العجز من الدفع في ساير الحوادث فعند ذلك يصير القذف موجبا جلدا مولما
محرما لقبول الشهادة وذلك منصوص في قوله تعالى فاجلدوهم والفا للتعقيب

وقوله

وقوله ولا تقبلوا لهم عطف على الجلد والعطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه حدا
كان المعطوف من تمام الحد كما قال الشافعي رحمه الله في قوله عليه السلام وتغريب عام
انه من تمام حد البكر للعطف والعجب منه انه زاد على كتاب الله تعالى بالخبر الواحد واوجب
الحد به وهنا نص الله تعالى على رد شهادته ولم يعمل به لكن نقول التغريب لا يصلح حدا
لما فيه من الاغرا على ارتكاب الفاحشة دون الزجر وهنا رد الشهادة صالح
لتتميم الحد لانه مولم عليه كما ان الضرب مولم فكان فيه معنى الزجر اذ لا شي
اضر على المسلم ان يصير مكذبا ويتالم العاقل به اكثر مما يتالم بالضرب والاصل ان
العقوبة اذا شرعت عقيب حرمة احملت اليها ولا حرمة هنا سوى القذف ثم
حرمة القاذف باللسان ورد شهادته حد في المحل الذي حصل به الجريمة وذلك
مشروع كحد السرقة والمقصود من هذا الحد دفع الشين عن المقذوف وذلك
في اهدار قوله اظهر منه في اقامة الحد عليه فلهذا جعلنا رد الشهادة متمما
للحد وهذا بخلاف قوله عليه السلام للسارق اقطعوه ثم احسموه فان الحسم لا يكون
متمما للحد لانه دوا فلا يصلح متمما ثم حرف النفي في قوله ولا تقبلوا لا يمنع العطف
فقد يعطف النهي على الامر كما تقول لغيرك اجلس ولا تتكلم واما قوله تعالى واولئك
هم الفاسقون ليس بعطف بل هو ابتدا لحرف الواو وقد يكون ذلك لحسن نظم
الكلام لقوله تعالى والراسخون في العلم وقوله تعالى ولباس التقوى وقوله تعالى
ويمحو الله الباطل وبيان انه ليس بعطف ان قوله تعالى فاجلدوهم امر بفعل وهو
خطاب للايمة وقوله ولا تقبلوا نهي عن فعل وهو خطاب للايمة ايضا وقوله واولئك
هم الفاسقون اثبات ووصف لهم فكيف يتحقق المشاركة بينه وبين ما تقدم ليكون
عطفا فكان كلاما مبتدا ولا يمكن حمله على الحال كقولهم جا زيد وهو راكب فيصير
تقدير الاية والذين يرمون فلا تقبلوا لهم شهادة وهم فاسقون اي حال فسقهم

لان الحال لا يكون معرفه بل هو نكره وذو الحال معرفه والحوران يكون نكره وقوله الفاسقون
معرفه فلا يصلح للحال ولهذا لا يصلح ان يقال جا زيد الراكب منصوبا على الحال بل يكون وصفا
كذلك هذا ولان قوله تعالى واولئك هم الفاسقون بيان لجريمتهم وازاله الاشكال انهم لماذا
استوجبوا شده العقوبه وما تقدم بيان الواجب بالجريمه ولا يتحقق عطف الجريمه على الواجب
بها والدليل عليه انه لو كان هذا عطفا لكان من الحد ايضا فينبغي ان لا يرتفع بالتوبه
كما لا يرتفع الحد فلا تاثير للتوبه في الحد وانما يسقط عنه بالعفو سوا تاب القاذف
او لم يتب وكان ينبغي ان يقال اذا تاب حتى حرم تفسيقه ان لا يقام عليه الحد
لان الحد لا يحتمل الوصف بالتحري والذي يوضح ما قلنا ان الثابت بالنص هو التوقف
في خبر الفاسق كما قال الله تعالى فتبينوا والمنصوص عليه ههنا حكم اخر وهو الرد دون
التوقف فعرفنا انه ليس بسبب الفسق بل هو متمم للحد ولو كان رد الشهادة بسبب
الفسق لكان هذا عطفا لعله على الحكم وذلك لا يحسن في البيان ولهذا قلنا
لتقبل شهادته قبل اقامه الحد وان لم يتب لانه من تمام حده واوانه بعد اقامه الحد
وهذا لانه بعد اقامه الحد يصير محكوما بكذبه والمتهم بالكذب لا شهادة له فالمحكوم
بالكذب اولى ويستدل بهذا في التعليل فانه بعد اقامه الحد عليه في جميع الحوادث
بمنزله الفاسق اذا شهد في حادثه فردت شهادته فتلك الشهادة لا يقبل منه بعد ذلك
وان تاب لانه صار محكوما بكذبه فيها فكذلك المحدود في جميع الشهادات وبيانه
فيما روي ان هلال ابن اميه لما قذف امراته بشريك بن سحما قال المسلمون الان
يجلدها هلال فيبطل شهادته في المسلمين فذلك دليل على انه لا يبطل شهادته
قبل اقامه الحد وان بطل انها من تمام الحد وتاويل قول عمر رضي الله عنه لابي بكرة
تقبل شهادتك في الديانات الا ترى ان ابا بكرة كان اذا استشهد في شي قال وكيف
يشهدني وقد ابطل المسلمون شهادتي وهو اعلم بحاله من غيره واما الذمي اذا اقيم

عليه حد القذف سقطت شهادته ايضا لانه كان من اهل الشهاده ثم بالاسلام استفاد
شهادة لم يكن موجودة عند اقامه الحد وهذه الشهادة لم تصر مردودة وبه فارق
العبد لانه ليس من اهل الشهاده وتمام الحد برد الشهاده فيتوقف على العتق فان عتق
الان ثم حده يرد شهادته وهذا الفرق على الروايه التي تقول ان خبر المحدود في القذف
في الديانات تقبل اما على الروايه التي تقول لا يقبل وهي روايه المنتقى فوجه الفرق
ان الكافر بالاسلام استفاد عداله لم تكن موجوده عند اقامه الحد وهذه العداله
لم يصر مجروحه بخلاف العبد فهو بالعتق لا يستفيد عداله لم يكن موجوده قبل وقد صارت
عدالته مجروحه باقامه الحد عليه فلا يقبل شهادته بحال ولا يقال القاذف عندكم
لا يكون اهلا للشهاده عند اقامه الحد عليه لانه فاسق وانما يستفيد الاهليه
بعده بالتوبه لانا نقول النص يقتضي رد شهاده مضافه اليه فلا تقبل سوا ادا ها
حالا او بعد ذلك للعموم المستفاد من النكره في محل النفي ولانه قامت الدلاله لنا على
ان الفاسق من اهل الشهاده فلا يحدث له الاهليه بالتوبه ثم مذهبه من اقوى دليل
لنا عليه فان عنده قبل التوبه لا شهادة له فلا يتصور رد شهادته وتبين بعد ان
المراد من قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة رد شهادته بعد وجودها بالاهليه
وذلك بعد التوبه واما ما تمسك به من الاستثنا فلا نسلم انه استثنا حقيقه وهذا
لما عرف ان الاستثنا تكلم بالباقي بعد الثنيا فلا يخلوا اما ان يكون هذا استثنا
عن الاشخاص او عن الازمان ولا وجه الى كل واحد منهما لان من عجز وجلد وردت
شهادته متى تاب لا نتبين انه غير مراد بصدر الخطاب بالاجماع فلا يكون استثنا
الاشخاص عن الاشخاص مع انعدام حقيقه الاستثنا فيه ولا وجه الى الثاني لان
المستثنى الذين تابوا وليسوا من جنس الازمان ولا بد لصحه الاستثنا منه فيكون
الا بمعنى لكن ويصير تقديره لكن الذين تابوا فان الله تعالى يغفر لهم ويرحمهم فلا جرم

نزول ما يلزم زواله وجود المغفرة والرحمة وهو الفسق اما الجلد ورد الشهادة
فلا ضرورة في زوالهما ولين كان استثنا حقيقة لكن لم قلتم انه يرجع الى الجملة
بل عندنا يرجع الى الجملة الاخيرة وان كان يرجع الى الجملة فانما يرجع اذا كانت
الواو عاطفة وليس كذلك لما قلنا وهذا لان الاول امر والثاني نهي والثالث
خبر ولا يعطف الخبر عليهما ولا هما عليه فانه لا يقال اضرب زيدا وخرج بكر
وجاء عمرو وقل الحق فيكون للابتداء وقوله النهي تقتضي التصور قلنا المنهي قبول
شهادته والقبول فعل حسي والشهادة قول حسي وهما متصوران حسا فان
الشهادة يكون شهادة حقيقة سواء ردت او قبلت ولان هذا اللفظ يذكر لابطال
الاهلية وجرح العدالة كما يقال لا يقال لا تقبل شهادة العبد وشهادة الكافر يراد
به انه ليس باهل فان كان القاضي هو المحدود في القذف فقضى لرجل على اخر واشهد
على ذلك ثم رفع الى قاض اخر لا يرى جواز ذلك فانه يبطل قضاوه لوجهين احدهما
ان قضاه مختلف كشهادته بعد التوبة فكما لم يتصل بشهادته قضا قاض لم ينفذ
فكذا لما لم يتصل بقضائه قضا قاض ايضا لا ينفذ والثاني انه قضى في فصل مجتهد
فيه لكن لنفسه من وجه فلا ينفذ الا بقضا قاض اخر فان قيل تقليد الامام الاعظم
اياه لم لا يكون قضا بكونه قاضيا فينفذ قضاوه على الوجه الاول لاتصال
القضا به وعلى الوجه الثاني ليس انه قاض لغيره من كل وجه قيل له الامام الاعظم اذن
له بالقضا لا انه قضى بكونه قاضيا لان القضا لفصل الخصومة بين المتخاصمين ولم
يوجد ذلك وقت التقليد فلو رفع حكم القاضي المحدود الى قاض اخر يرى ان يجيزه
فاجازه ثم رفع الى قاض اخر يرى بطاله امضى القضا الاول ولا يرده لان الثاني
امضى فصلا مختلفا فيه لما ذكرنا وكذلك قاض اجاز شهادة رجل لامراته مع رجل
اخر وقضى به ثم رفع الى قاض اخر يرى ان لا يجوز شهادة الرجل لامراته فانه تمضيه

ولا

ولا يبطله لانه قضى في فصل مختلف فيه ولو ان القاضي نفسه قضى لامراته بشهادة رجلين ثم رفع
الى قاض آخر يرى ابطاله ابطله اما على الوجه الاول فلان قضاه لامراته مختلف فيه كشهادته
لامراته فيتوقف نفاذه على امضا قاض اخر واما على الوجه الثاني فلانه في هذا القضا
قاض لنفسه من وجه فيتوقف نفاذه على امضا قاض اخر ليتبين انه قضى لغيره من كل
وجه لا لنفسه من وجه فلو راى الثاني اجازته واجاز ليس للثالث ان يبطله على ما ذكرنا
وعدم قبول شهادة احد الزوجين لصاحبه مذهبنا اما عند الشافعي رحمه الله
يقبل شهادة احدهما لصاحبه وكان سفيان الثوري رحمه الله يقول شهادة الزوج
لزوجته تقبل وشهادة المراة لزوجها لا يقبل لانها في حكم المملوكة المقهورة تحت
يده فيتمكن تهمة الكذب في شهادتها له وذلك ينعدم في شهادته لها واعتمد
فيه حديث علي رضي الله عنه فانه شهد لفاطمة رضي الله عنها في دعوى فدك مع امراة
بين يدي ابي بكر رضي الله عنه فقال لها ابو بكر رضي الله عنه ضمي الى الرجل رجلا او الى
المراة امراة فهذا اتفاق منهما على جواز شهادة الزوج لزوجته وبه استدل الشافعي
رحمه الله ايضا لكنا نقول دليل التهمة نعم الجانبين لما يذكرون بما يكون ذلك
في جانب الزوج اظهر لانها لما كانت في يده فما لها في يده من وجه ايضا فهو يثبت
اليد لنفسه في المشهود به وكذلك يكثر مالها يزداد قيمة ملكه فان قيمة المملوك
بالنكاح يختلف بقلة مالها وكثرته بدليل اعتبار مهر المثل به فمن هذا الوجه يكون
الزوج شاهدا لنفسه ولا حجة في حديث علي رضي الله عنه لان ابا بكر رضي الله عنه
لم يعمل بتلك الشهادة بل ردها الا ان للرد طريقان الزوجية ونقصان
العدد واشار الى تحرز اعن الوحشة او لانه اقوى اسباب الرد فان القضا
مع نقصان العدد لا يجوز بحال ولو قضى بذلك قاض لا ينفذ ومع الزوجية يجوز
ولو قضى به قاض ينفذ وكذلك علي رضي الله عنه علم ان ابا بكر رضي الله عنه لا يعمل

بتلك الشهادة لنقصان العدد وكثرة احاشها بالامتناع من اداء الشهادة او يدعى الخصوصيه
لنفسه كما روى انه ادعى شيئا عند شريح رحمه الله واستشهد ولده حسين رضى الله عنه
مع اتفاقنا ان شهادة الولد لوالده لا تقبل وقد قبل شهادة على رضى الله عنه لم يشتهر
انما المشهور انه شهد لها رجل وامراه والشافعى رحمه الله يقول عدل يشهد
لغيره فيقبل كما قبل العقد وبعد الطلاق والوصف ظاهر والجامع الحاجه الى
احيا الحقوق لتمكن القاضى من قطع المنازعه والحاجة الى دفع المعارض ونقول ليس
بينهما بعضيه والزوجيه قد يكون سببا للتنافر والعداوة وقد يكون سببا
للميل والايثار فهى بطريق الاخوة او دونها فانها تحتمل القطع والاخوة لا ولهذا
يجرى القصاص بينهما ولا يعتق كل واحد منهما على صاحبه اذا ملكه ولان هذه وصله
بينهما باعتبار العقد فلا يوثر فى منع قبول الشهادة كالصداقه وكذا فى الصهر والختن
ولو كانت الوصله بينهما مانعه لسرى الى اولادهما كما فى الوالدين والمولودين
وهذا لان عقد النكاح يثبت احكاما مشتركة بينهما فيما وراء ذلك ينزل كل
واحد منهما من صاحبه كالاجنبى كشريكى العنان وحجتنا فى ذلك ان ما بينهما من
وصله الزوجيه يمكن تهمة فى شهادة كل واحد منهما لصاحبه فلا يقبل لان العداله
انما تدل على رجحان الصدق عند استوا الخصمين فى حقه ولا يدل عليه عند عدم
الاستوا الا ترى ان فى شهادته لنفسه او فيما له فيه منفعه لا يظهر رجحان جانب
الصدق باعتبار العداله لظهور ما يمنع من ذلك باعتبار العادة وكذا فى
قرابه الولاد وبيانه من وجوه احدها ان عقد النكاح انما شرع ليالف كل واحد
منهما بصاحبه ويميل اليه ويوثره على غيره واليه اشار الله تعالى بقوله خلق
لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وهو مشروع لمعنى الاتحاد فى القيام بمصالح
المعيشه ولهذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم امور داخل البيت على فاطمه

رضی

رضى الله عنها وامور خارج البيت على على رضى الله عنه وبهما تقوم مصالح المعيشه فكانا فى ذلك
كشخص واحد ولا يقال هذا الاتحاد بينهما فى حقوق النكاح خاصة لان معنى الاتحاد فى حقوق
النكاح مستحق شرعا وفيما وراء ذلك ثابت عرفا فالظاهر ميل كل واحد منهما الى صاحبه و
ايثاره على غيره كما فى الاباء والاولاد بل اظهر فان الانسان قد يعادى والديه لرضى زوجته
وقد تاخذ المراة من مال ابيها فيدفعها الى زوجها والدليل عليه ان كل واحد منهما يعد
منفعه صاحبه منفعته ويعد الزوج غنيا بمال الزوجة قيل فى تاويل قوله تعالى ووجدك
عائلا فاغنى اى بمال خديجه رضى الله عنها ولما جاء الى عمر رضى الله عنه رجل فقال ان عبدك
مرآة امراتى فقال مالك سرق بعضه بعضا والدليل على ان الزوجيه بمنزلة الولاد حكما
استحقاق الارث بها من غير حجب بمن هو اقرب يوضح ما قلنا ان الزوجيه بمنزلة الاصل
للولاد فان الولاد يسام من الزوجيه والحكم الثابت للفرع يثبت فى الاصل ان انعدم
ذلك المعنى فيه الا ترى ان المحرم اذا كسر بيض الصيد يلزمه الجزا وليس فيه معنى
الصيد لكنه اصل للصيد فيثبت فيه من الحكم ما يثبت فى اصل الصيد الا ان
هذا الاصل انما يلحق بالولاد فى حكم يتصور قيام الزوجيه عند ذلك الحكم دون
ما لا يتصور كالقصاص فانه يجب بعد القتل ولا زوجيه بعد قتل احدهما صاحبه
والعتق انما يثبت بعد الملك ولا زوجيه بعد الملك اما حكم الشهادة يكون فى حال
قيام الزوجيه فيلحق الزوجيه فيه بالولاد وليس هذا كالاخوة لانه لا تهمه هناك
لان المنافع بينهما غير متصلة ولا يصح تعليق الحكم بالبعضيه لانها بعضيه منفصله
فلا يتعلق بها الحكم كالعتق ونحوه على ان التعليق الحكم بالبعضيه يمنع القياس لانها
لا تتعدى فوجب التعليق بما يتعدى وهى التهمه فكان الاصل فى رد الشهادة هى التهمه
الا ان التهمه مرة تثبت بالفسق ومرة بالبعضيه ومرة باتصال المنافع بينهما ولا يراعى
اسباب العله انما يراعى العله وهى التهمه كما قلنا فى ملك القريب انه يوجب العتق

بالملك يحصل باسباب بحيث يراعى اسباب الملك وانما يثبت اصل الملك وانما يسرى الى الاولاد
والاباء بعلة القرابة ولا قرابة بين الزوج واولاد المراة واباءها وانما بينهما حرمة المصاهرة
وذلك لا يمنع قبول الشهادة كالحرمة بسبب الرضاع لا يلزم على ما ذكرنا شهادة رب الدين
لغريمه المفلس وشهادة الاخ الزمن المعسر لاخيه ووجوب الحد بوطي جاريتها وعدم
التمكن من الانتفاع بالنقود من غير صريح الاذن وشهادة الصديق لصديقه ثم هذه
العلة غير مطرد فانها لو شهدت بالنكاح لزوجها لا تقبل وان لم يكن لها فيه منفعة
لانا نقول شهادة بالملك لها بلا زمها ظهور حق الانتفاع له وهو صيرورته بحال لو
انتفع بمالها لا يمنعه ولا ينكره الناس فيكون مضافا الى الشهادة ورب الدين ليس له
حق الانتفاع بمال غريمه انما له ان ياخذ متى ظفر بماله فيصير ملكا له فينتفع بماله وهذا
لا يلازم الشهادة والقضا وكذا الاخ وهذا القدر لا يحصل ملك المديون ملك رب الدين
معنى ولا ملك الاخ ملك الاخ ووجوب الحد بوطي جاريتها يبطل بشهادة الابن للاب ثم
هو موجب للخصومة وفوات مصالح النكاح وولاية الانتفاع انما تثبت عرفا لتحقيق
مصالح النكاح ولا عرف في وطي الامة وهو مفوت مصالح النكاح بل العرف الحجر والمنع
اوان وجد دليل الاطلاق والاباحة الا انه لا يباح بدون الملك والانتفاع بالنقود
استهلاك ونحن ندعي اطلاق الانتفاع لا اطلاق الاستهلاك حتى لو كان للتزين والتكثر
يباح بحكم العرف واما شهادة الصديق قلنا هنا امان الاذن العقد وهو ثابت مطلقا
وهو امر ظاهر فيعتد الحكم الا المعارض بخلاف الصداقة لانه لا يمكن معرفتها حقيقة
فرب رجل يظهرها ويضمر خلافها على انا نقول متى عرف اذن الصديق لصديقه
كما في حق الزوج والزوجة لا تقبل ايضا وهو معنى الطعن في الولا عند البعض في حديث
عمر رضي الله عنه واما اذا شهدت بالنكاح فهو عكس على انه يبطل بشهادة الاب
لابنه او الابن لابيه بالنكاح فانه لا تقبل مع انعدام المنفعة لهما وهذا لما عرف

انه

انه لا يطلب المعنى في كل فرد من الصور بل يرد الى الجملة ويعطى له حكم الجملة ثم قال محمد رحمه الله
والاصل في هذا ان كان قاض قضى بباطل نظر فان كان قضية لم يختلف الناس فيه ابطله
لانه قضا خالف الاجماع وان كان مما يختلف فيه اجازه لانه قضا صادف محله
فينفذ فان رفع الى قاض اخر فابطله ثم رفع الى الثالث نظر الثالث في القضا الاول
فان كان يجوز قضاؤه عند بعض الناس امضى ذلك وان كان لا يجوز عند احد ابطله
ومن ذلك لو ان عبدا او صبيا استقضي فقضى لم يجز لان الصبي والعبد لا يصلح قاضيا
ولو رفع الى قاض اخر فانفذ حكمه ثم رفع الى قاض اخر فانه يبطله ويرده لان الثاني امضى
قضا باطلا وكذا لو قضى بشهادة صبي او عبد او ذمي على مسلم لان هذا القضايا
باطلة بالاجماع فان قيل شهادة العبد وقضاؤه مختلف فيه فان عند مالك رحمه الله
تقبل شهادته فيكون اهلا للقضا فوجب ان يتوقف نفاذه على امضا قاض اخر
فاذا اجاز ينفذ ولا يكون للثالث ابطاله قيل له خلاف مالك لم يصح عند محمد في شهادة
العبد وقضايه فعده من جملة ما اجمعت الامة على بطلانه او ان صح الا انه لم يعتد
به لانه خلاف اجماع السلف رضي الله عنهم وحكي عن محمد بن سلمة رحمه الله قال كان يحيى
بن اكثم رحمه الله اعلم الناس باختلاف العلماء رحمهم الله وكان اذا قال في شي اتفق
العلماء على كذا يرد اهل العراق على قوله وقد قال اتفق العلماء على ان العبد لا شهادة
له وروى ان عليا وزيدا رضي الله عنهما اختلفا في المكاتب اذا ادى بعض بدل
الكتابة فقال علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادى منه وقال زيد رضي الله عنه لا يعتق
ما بقي عليه درهم فقال زيد لعلي ارايت لو شهد اكان تقبل ببعض شهادته دون
البعض فهذا دليل الاتفاق منهما ان لا شهادة للعبد واختلفا عمر وعثمان رضي الله عنهما
في العبد اذا شهد في حادثة فردت شهادته ثم اعتق فاعادها فقال عثمان رضي الله عنه
لا تقبل وقال عمر رضي الله عنه تقبل فكذلك اتفاق منهما على انه لا شهادة للعبد وعن ابن

عباس رضي الله عنهما انه قال لا شهادة للعبد وهذا لان في الشهادة معنى الولاية فانه قول
ملزم على الغير ابتداء وليس معنى الولاية الا هذا والرق ينفي الولاية فالاصل ولاية المرء على نفسه
فاذا كان الرق يخرجه من اهلية الولاية على نفسه فعلى غيره اولى واستدل في الكتاب
بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا والعبد لا يدخل في هذا الخطاب لان
لان خدمته ومنفعته لمولاه فلا يجب عليه الحضور لاداء الشهادة وان دعي الى ذلك بل
لا يحل له ذلك لان منافعه في هذا الزمان غير مستثنى من حق المولى ثم قال ولا يشبه
ما وضعنا المحدودين في قذف اذا شهدا او الى عميين لان شهادة هولاء يجيزها بعض
الفقها بخلاف العبد والصبي والنصراني في حق المسلم فان مالكا رحمه الله يقول شهادة
الاعمى مقبولة لانه لا يقدح في العدالة والولاية فباعتبارهما يجب قبول الشهادة وبيانه
انه من اهل الولاية على نفسه فيتعدى على غيره عند وجود سبب التعدي ولهذا يملك
انكاح اولاده والتصرف في مالهم وهو اهل للعدالة لانزجاره عما يعتقده حراما في
دينه ولهذا تقبل روايته فقد كان في الصحابة رضي الله عنهم من هو اعمى وقد كان في
الانبيا عليهم السلام من ابتلي بذلك فدل انه لا يقدح في العدالة وفوات العينين كفوات
اليدين او الرجلين لكنا نستدل بما روي عن علي رضي الله عنه انه شهد عنده
اعمى فقالت اخت المشهود عليه انه اعمى فذكر ذلك لعلي رضي الله فرد شهادته ولانه يحتاج
في تحمل الشهادة واداها الى التمييز بين المدعي والمدعى عليه وقد عدم آلة التمييز حقيقة
لانه انما يميز بين الناس بالصوت والنغمة فيتمكن في شهادته تهمة يمكن التحرز عنها
بجنس الشهود وذلك مانع من قبول الشهادة وقال زفر رحمه الله فيما لا يجوز الشها
عليه الا بالمعاينة لا شهادة للاعمى فاما فيما يجوز الشهادة بالتسامع تقبل شهادته
لانه في السماع كالبصير وانما عدم آلة العيان لكنا نقول في اداء الشهادة يحتاج
الى الاشارة الى المشهود له والمشهود عليه ولا يتمكن من ذلك الا بدليل يشبه وهو

الصوت

الصوت والنغمة وعلى هذا الاصل قال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله اذا تحمل
الشهادة وهو بصير ثم اداها وهو اعمى تقبل شهادته لان تحمله قد صح بطريق
ثبت له العلم به وبعد صحة التحمل انما يحتاج الى الحفظ والاعمى فيه كالبصير
ويحتاج الى الاداء باللسان والاعمى فيه كالبصير فتعريف المشهود له والمشهود
عليه بذكر الاسم والنسب والاشارة اليهما بالطريق الذي يعلم انه مصيب يكفي لاداء
الشهادة الا ترى انه يباح له وطي زوجته وامته ولا يميزهما من غيرهما الا بالصوت
والنغمة وان البصير اذا شهد على ميت او غايب يقام ذكر الاسم والنسب
مقام الاشارة في صحة اداء الشهادة فكذا هنا وابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
قالا لا تقبل لحديث علي رضي الله عنه فانه لم يستفسر انه وقت التحمل كان
بصيرا او اعمى وفيه دليل ان ذلك كان معروفا بينهم حتى لم يخف على النسا
ولكن ابو يوسف يقول يحتمل ان ذلك كان في الحد وانا اقول في الحد اذا عمي
قبل الاداء او بعد الاداء قبل الامضاء لا تقبل شهادته لان الحدود يندرا بالشبهات
والصوت والنغمة في حقه تقام مقام المعاينة في حق البصير والحدود لا تقام
كما تقوم مقام العين بخلاف الاموال والمعنى ما ذكرنا ان في شهادته تهمة يمكن التحرز
عنها بجنس الشهود وذلك يمنع القبول كشهادة الاب لولده وبيانه ما ذكرنا
انه يحتاج الى التمييز والاشارة وانما يميز بالصوت او بخبر الغير فكما لا يجوز
للبصير ان يشهد بخبر الغير فكذلك لا تقبل شهادته اذا كان يميز بخبر
الغير والاعمى في اداء الشهادة كالبصير اذا شهد من وراء الحجاب بخلاف الوطي
فانه يجوز ان يعتمد فيه خبر الواحد اذا اخبره واحد ان هذه امراته وقد زفت اليه
وهذا لان الضرورة تتحقق فيه فالاعمى يحتاج الى قضاء الشهوة والنسل كالبصير
ولا ضرورة هنا ففي الشهود كثرة وبخلاف الموت فان ذلك لا يمكن الاحتراز عنه

بجنس الشهود فالمدعى وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامه الاسم والنسب مقام الاشاره عند
موت المشهود عليه او غيبته على ان هناك الاشاره تقع الى وكيل الغايب ووصي الميت
وهو في ذلك قايم مقامه ولا يقال بانه ما كان يعلم عند الاستشهاد انه يبتلى بالعمى
لان هذا المعنى يضعفه اذا فسق الشاهد بعد التحمل فانه لا تقبل شهادته مع
ان المدعى لا يعلم انه يفسق بعد التحمل ثم هذا في القصاص والحدود التي فيها حق العباد
موجود ولم يعتبر مع عظم حرمتها فلان لا يعتبر في الاموال مع خفه حرمتها اولى ثم
ما ذكر يعرف انه كان بصيرا وقت التحمل فان قول الشاهد فيه غير مقبول وقول
المدعى كذلك والمدعى عليه منكر للمشهود به اصلا قالوا وتصور هذا فيما اذا جاء
وهو بصير ليودي الشهادة فلم يتفرغ القاضي لسماع شهادته حتى عمي او كان القاضي
يعرف الوقت الذي عمي هو فيه وتاريخ المدعى سابق على ذلك اذا عرفنا هذا
فنقول الاعمى اذا قضى بقضيته ثم رفع الى آخر لا يرى جواز شهادة الاعمى ابطل
حكمه اما على الوجه الاول فلان كونه قاضيا مختلف فيه وعلى الوجه الثاني
فلانه قضى لنفسه من وجه ولو رفع الى قاض يرى جواز شهادة الاعمى فانفذه
ثم رفع الى اخر لا يرى جوازها انفذ القضا لان امضا الثاني نافذ بالاجماع فلا
يكون للثالث ولانه الابطال امراه استقضت فحكمت جاز حكمها الا في الحدود
والقصاص لانها تصلح شاهده في غير الحدود والقصاص فيصلح قاضيه فلو انها
حكمت بالحد على القاذف او بالقصاص لا ينفذ فلو رفع الى قاض اخر له ان يبطله
فان اجازه جاز لانه قضى في موضع الاجتهاد وليس للثالث ان يبطل لان كونها
قاضيه في العقوبات مختلف فيها ولو شهد رجل وامرتان على حد او قصاص
او حد قذف فقضى القاضي بذلك ثم رفع الى قاض اخر ليس له ان يبطل لانه
قضى في فصل مختلف فيه لان عند ابن ابي ليلى رحمه الله شهاده النسا في حد القذف

والقصاص

والقصاص مقبوله وعند شريح رحمه الله لشهاده النسا مدخل في الحدود والقصاص
ويحمل حديث الزهري على شهاده النساء وحدهن واذا كان في قبول شهادتها خلافا
كان كونها قاضيه مختلف فيه فامضا الثاني قضاها صادف محلا مختلفا فيه
فينفذ ولا يعد العمر على ابطاله قاض قضى بقضا اختلف الفقها فيه يريد به اختلف
الفقها في تلك الحادثه لا في القضا ورفع الى اخر فرد قضاء الاول ثم رفع
الى ثالث امضى قضى الاول ورد قضا الثاني لان قضا الاول كان في فصل
مجتهد فيه فنفذ فقضا الثاني بالرد لم يكن مجتهدا وكان بخلاف الاجماع
فكان باطلا فلم يتوقف لان العلما اجمعوا ان القضا متى وقع بشي في محل الاجتهاد
ينفذ فلم يتوقف على امضا قاض ثالث ولو كان قضا الاول مختلفا فيه يقول
بعضهم هذا مختلف فيه ويقول بعضهم هذا غير مختلف فيه يريد به في حادثه
يقول بعضهم هذه الحادثه مختلف فيها وبعضهم قالوا غير مختلف فيها بل
متفق على فساده فانه يتوقف على امضا قاض اخر فان امضاه نفذ وليس
لثالث ان يبطله بالاتفاق وان ابطله الثاني بطل وليس لاخر ان يمضيه لان
ذلك القضا مختلف فيه فاذا اتصل به القضاء ردا او امضاء نفذ مثاله
ما ذكرنا من الشهاده المحدود في القذف وقضايه وشهاده احد الزوجين لصاحبه
وقضايه بشاهد ويمين والقضا ببيع امهات الاولاد والصلاه خلف المحدث
فانه لا يجوز اما القضا بشاهد ويمين فلانه خلاف النص وهو قوله تعالى
واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال عليه السلام البينه على المدعي واليمين
على من انكر فهذا دليل على انه لا يمين في جانب المدعي ولان التقسيم الذي ذكره صاحب
الشرع صلى الله عليه وسلم دليل على انهما لا يجتمعان في جانب واحد واذا كان
للمدعي شهود كانت اليمين على المدعى عليه انا ارد اليمين على المدعي عليه لا برد

عليه عندنا وقال ابن ابي ليلى اذا اتهمت ردت عليه اليمين في دعوى الديون لانها مشروعة
لدفع التهمة بها لكنا نقول اليمين لا بقا ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن وحاجة المدعي
الى اثبات ما لم يكن ما نسا واليمين لا يصلح حجه في ذلك ثم هو مخالف للنص فان النبي عليه
السلام قال للمدعي ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه فهو تنصيص على انه لا يمين
في جانب المدعي والقضا بيع امهات الاولاد بعض الفقها رحمهم الله قالوا ليس مختلف
فيه لان الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين وان اختلفوا فيه لكن اجمع من بعدهم
على حرمة البيع والاجماع المتاخرين مع الخلاف المتقدم فلم يكن مختلفا فيه وبعضهم
قالوا لا يرتفع فيبقى مختلفا فيه وهذا بنا على ان الاجماع المتاخر هل يرفع الاختلاف
المتقدم عند ابي حنيفه وابي يوسف لا وعند محمد رحمه الله يرفع وهذه المسئلة كانت
مختلفة في الصدر الاول كان عمر رضي الله عنه يقول بان بيع ام الولد لا يجوز وعلي
رضي الله عنه كان يقول بانه يجوز ثم من بعدهم من السلف اتفقوا على انه لا يجوز
وروى عن علي رضي الله عنه انه رجع عن قوله فعندهما ليس لاجماع التابعين
من القوة ما يرفع الخلاف الذي كان بين الصحابة رضي الله عنهم فكان قضا في فصل
مجتهد فيه فينفذ ولهذا لو جمع بين ام ولد وقن وباعهما صفقة واحدة صح البيع
في القن كما لو جمع بين قن ومدبر ولو لم يكن محلا للبيع لما صح في القن كما
لو جمع بين حر وقن ولهذا لو باعها من نفسها جاز وعند محمد رحمه الله لما ارتفع الخلاف
المتقدم يحتاج الى التنفيذ قال الشيخ الجليل ابو بكر محمد بن الفضل ومذهب محمد
اظهر لانهم اجمعوا ان الخبرين اذا وردا عن النبي صلى الله عليه وسلم وسع المجتهدين
ان يجتهدوا فيا خذوا بالذي يودي اجتهادهم اليه بان اجمع الناس على احد
الخبرين صار الخبر الثاني مهجورا ولا يسع المجتهدين ان يجتهدوا فاذا اختلف
الفقها رحمهم الله في كونه مختلفا فيه او مجمعا عليه يوقف على قضا قاض اخر

ان ابطله

ان ابطله صح وان اجازه نفذ في العيون هشام عن محمد رحمهما الله لو ان رجلا باع
امته ولها زوج او باع مدبرا في دين بعد موت سيده او باع ام ولده ثم ارتفعوا الى قاض
فجعل بيعه طلاقا واجاز بيع المدبر وام الولد ثم ارتفعوا الى قاض امضى قضاه الا بيع
ام الولد لانه قد جا في بيع ام الولد ان الذي قال ببياع رجع عن ذلك يعني علي بن ابي طالب
رضي الله عنه وقال ابو يوسف رحمه الله في الامالي لو ان قاضيا قضى بشاهد ويمين
او لجواز بيع ام الولد او بيع الدرهم بالدرهمين او عبد بين اثنين اعتقه احدهما
وهو معسر فقضى ببيعه او طلقها ثلاثا في الحيض فابطل القاضي الطلاق فان
قضاه باطل ولقاض اخر ان يبطله ثم بعد خلاف اقوام في هذه المسائل معتبرا
وجوز لقاض اخر ابطاله لمخالفه الاول الاجماع او النص والحكم في الخلع انه فسخ
ام طلاق كالحكم في ساير المجتهدات ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله انه كان
فيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ولو قضى بجواز نكاح مزنية الاب لا يجوز عند ابي يوسف
والثاني يبطله وعند محمد رحمه الله جاز ولا يبطله الثاني ولو قضى بنتها دنه الاب لابنه
يجوز عند ابي يوسف ولا يبطله الثاني وعند محمد رحمه الله لا يجوز ويبطله ولو
قضى في الماذون في النوع انه لا يصير ماذونا في الانواع كلها ينفذ لانه مجتهد بين
السلف رحمهم الله قال سرح رحمه الله لا يصير ماذونا في الانواع كما قاله
الشافعي رحمه الله لكن عند شرايط القضا من الخصومة وبعد ما باع كما يكون
في الحجر حتى لو رفع الى قاض اخر يرى خلافه امضاه ولا يبطله وبه تبين ان المختلف
فيه بين السلف كالمختلف بين الصحابة رضي الله عنهم وفي نفاد القضا على الغايب
بالبينة روايتان والاصح انه ينفذ وهكذا ذكر شمس الايمة السرخسي رحمه الله
في السير وان كان قضا الاول مما لم يختلفوا فيه انه باطل فقضى به ثم اجازه اخر
فهو باطل ابدا لان اجازة الثاني لم يصادف مختلفا فيه بل صادف اجماعا

وفي المبسوط اذا قضى بقضاء ثم بدا له ان يرجع عنه فان كان الذى قضى به خطاء
لا يختلف فيه رده وابطله يعنى اذا كان مخالفا لنص او لاجماع فالقاضى بخلاف
النص او الاجماع باطل وهو جهل من القاضى وفى الحديث ردوا الجهالات الى السنه
وفى كتاب عمر رضى الله عنه ولا يمنعك عن قضاء قضيته ثم راجعت فيه الى نفسك وهديت
لرشدك ان تراجع فيه فان الحق قديم لا يبطل والرجوع الى الحق خير من التمادى فى الباطل
وان كان خطا مما يختلف فيه امضاه على حاله وقضى فيما يستقبل بالذى ادى اليه اجتهاده
ويرى انه افضل لان القضاء الاول حصل فى موضع الاجتهاد فنفذ ولزم على وجه
لا يجوز ابطاله وهذا لان الثانى كالاول من حيث انه عمل بغالب الظن فلا يجوز نقض
الاول به كالقاضى الثانى والاصل فيه ما روى ان عمر رضى الله عنه كان يقضى فى حادثه
بقضيه ثم يرفع اليه تلك القضيه فيقضى بخلافه وكان اذا قيل له فى ذلك قال تلك
كما قضينا وهذه كما يقضى وقال الشعبى رحمه الله حفظت من عمر رضى الله عنه فى الجد
سبعين قضيه لا يشبه بعضها بعضا وبهذا يتبين ان الاجتهاد لا ينقض باجتهاد
مثله ولكنه فيما يستقبل يقضى بما ادى اجتهاده واصله فى التحرى للقبله وذكر عن شريح
رحمه الله انه كان يقضى بالقضاء ثم يبدو له فيرجع عنه ولا يرجع فيما كان قضى به
يعنى فى المجتهدات كان اذا تحول رايه بنى فيما يستقبل على ما ادى اليه الاجتهاد ولم
ينقض ما كان قضى به وفيه دليل ان التابعى اذا ادرك الصحابه وسوغوا له الاجتهاد
معهم فان رايه يعارض رايهم لان شريحا كان قاضيا فى زمن عمر وعلى رضى الله عنهما
ثم كان يبنى القضاء على رايه ولا يرجع اليها فيما كان يبدو له وقد سوغوا له ذلك حتى
كان على رضى الله عنه يقول له قل ايها العبد الانظر وقد رجع ابن عباس رضى الله عنهما
الى قول مسروق فى نحر الولد وعن عامر رحمه الله قال كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقضى بالقضاء فينزل عليه القران بخلافه فيمضى ما قضى به ويستانف

القضا

القضاء ومنه دليل انه كان يقضى باجتهاده فيما لم يوح الله فيه الا انه ما كان يعجل بالقضاء ولكن ينتظر
الوحى فاذا انقطع طمعه عن الوحى فيه يقضى فيه باجتهاده وجاز ذلك شريعه ثم بين القران بخلافه
بعد ذلك فيكون ناسخا له ونسخ السنه بالكتاب جائز عندنا ونظيره القبله فانه عليه السلام بعد
ما قدم المدينه كان يصلى الى بيت المقدس سته عشر شهرا ثم انتسخ ذلك بالامر بالتوجه الى الكعبه
وكان يستانف العمل بالناسخ واستدل بهذا الحديث على ما تقدم فى المجتهدات فانه لا ينقض
ما كان قضى به الا انهما يفترقان من حيث ان الراى لا ينسخ الراى رجلان رضيا بحكم يحكم
بينهما فى قضيه فحكم ثم رفع ذلك الى القاضى فان يوافق راى القاضى التى امضاها والا ردها لان
الحكم بمنزله القاضى فى حقهما لانهما رضيا بحكمه فينفذ حكمه فى حقهما ولا ينفرد واحد منهما على
ابطاله اما فى حق القاضى لم يتعد لعدم الولايه عليه فيتوقف نفاذه على اجازته لان يحكم لا يبطل
راى القاضى بخلاف القاضى اذا قضى فى فصل مجتهد فيه حيث يتعدى على الكل لان له
ولايه على الكل فينفذ فى حق الكل ويصير الكل مقضيين عليهم واليه اشار فى الكتاب فقال
لانه صلح يريد به بمنزله الصلح فى حق القاضى وفى حق غير المحكمين اما فى حق المحكمين قضاء الا ترى
ان القاتل مع الولى فى قتل الخطا اذا رضيا بحكم يحكم بينهما فقضى بالديه على العاقله لا ينفذ
حكمه عليهم فان رفع الى القاضى فامضى ثم رفع الى اخرى يرى رد القضيه الاولى انفذ القضيه
الاولى لان امضاء الثانى نفذ فى حق الكل وكذا اذا ابطل الاول حكمه ليس لاحد بعده ان
ينفذه ولو كان الحاكم نصرانيا او عبدا او صبيا واللذان حكماه مسلمين حرين او عبدين
فرفع الى قاضى المسلمين فاجاز حكمه بينهما ثم رفع الى اخر يرى بطلان القضيه الاولى
ابطلها لان حكم الحكم سعد فى حقهما الحكم القاضى فى حق الكل ان لو كان اهلا وليس
باهل بالاجماع فكان حكمه باطلا بالاجماع فلا يسعد بالاجازه ولو ان قاضيا امر رجلا
ان يقضى بين اثنين فقضى لم يجز الا ان يكون الخليفه قد ولاه ان يولى للقضاء من احب لانه
امر بالقضاء لا بتفويض القضاء وهذا لانه بمنزله الرسول عن جماعه المسلمين الا نرى اليه

لا عهدة عليه وان الخليفه اذا مات لم ينعزل قضاته ولا سائر خلفايه والوكيل لا يملك التوكيل
الا باطلاق الموكل فالرسول اولى فان ولاه صريحا او بطريق العموم بان قال ما صنعت من شي فهو
جايز يملك الانابه كما لو قال الموكل ذلك لوكيله وهذا لان القضا يحتاج الى الراى ومن قلده رضى
برايه لا براى غيره وبعد ما قلد غيره لا يملك عزله لان الثانى يصير قاضيا من جهه الخليفه لا
من جهته لانه بمنزله الرسول الا ان يقول له الخليفه ول من شيت واستبدل من شيت وهو
كالوكيل لا يوكل فان قيل له الموكل اعمل برايك صح توكيله ويصير الثانى وكيل الموكل ينعزل
الاول والثانى بموت الموكل ولا ينعزل الثانى بموت الاول وكذا لو عزل الموكل الاول
لا ينعزل الثانى ويملك الموكل عزل الاول والثانى و الاول ان يعزل الثانى لانه من صنعه
ورايه فان استخلف بغير اذن الامام فحكم لم يجز فان اجاز القاضى ذلك نظر فان كان
ممن يجوز حكمه بين الخصمين لو كان قاضيا جاز تنفيذ القاضى لما لم يجز امر القاضى اباه لعدم
اذن الخليفه كان المامور فيما يقضى بمنزله الحكم فاذا وجد فيه شرط القضا نفذ بالاجازه
وان كان ممن لا يجوز قضاوه عليهما لو كان قاضيا نظر فان كان ممن يختلف فيه الفقها
رحمهم الله مثل المحدود فى القذف جاز امضاوه وان كان ممن لا يختلف الفقها فيه فان
كان عبدا او صبيا او نصرانيا وهما مسلمان لم يجز لانه اذا لم يوذن له بالاستخلاف صار
الحال بعد الاستخلاف كالحال قبله وقبله لو قضى وهو من اهل القضا توقف نفاذه
على الاجازه وان لم يكن اهلا لم يتوقف فكذلك هنا وقيل هذا ان كان المامور ممن
يصلح قاضيا ولم يامر الخليفه بالاستخلاف اذا فعله خليفته لا بحضرته فان فعله
بحضرته جاز استحسانا لان تمامه برايه كالوكيل اذا وكل غيره حتى باع بحضرته والله اعلم

باب ـــــــــ ما ينبغى للقاضى

ان يضعه على يد عدل وما لا ينبغى وما يجبر على نفقته وما لا يجبر اصل الباب ان نفقه
المراة تجب بازا احتباسها لحق الزوج وطيا او استمتاعا اخر اما استحقاق النفقه
فلقوله

فلقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفى قراه ابن مسعود رضى الله عنه اسكنوهن
من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم وقراته لا تخلو عن روايه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
فدل ذلك على وجوب النفقه وقال الله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف
وقال الله تعالى وبما انفقوا من اموالهم وقال عليه السلام اوصيكم بالنسا خيرا الى ان قال فان
لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف وقال عليه السلام لهند امراة ابى سفيان رضى الله عنه
خذى من مال ابى سفين ما يكفيك وولدك بالمعروف والمعنى فيه انها محبوسه لحقه و منفعة تعود
اليه مفرغه نفسها له فيكون كفايتها فى ماله كالقاضى لما فرغ نفسه لاعمال المسلمين كانت
نفقته فى بيت مال المسلمين وعامل الصدقات لما فرغ نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته
فى مالهم وكالوصى والمضارب اذا سافر بمال المضاربه ولا يحتاج بها الى الانفاق على نفسها
ولا بقدر على الكسب والانفاق اما لعجزها او لكونها محبوسه لحقه فيجب عليه واما وجوبها
بازاء الاحتباس لانها لا تجب لمجرد العقد فان الصغيره لا نفقه لها وكذا الامه ذات
اذا لم يبوئها المولى مع الزوج بيتا وان وجد العقد ولا تجب بازاء الوطى فان الحايض والمريضه
والرتقا والقرنا والمجنونه والكبيره التى لا يمكن وطيها يستحق النفقه فكان المعتبر فى ايجاب
النفقه احتباسا ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع او الدواعى
وانه حاصل فى هذه الصوره ولا فرق فى ظاهر الروايه بينما اذا مرضت فى بيت الزوج
او اصابها فى بيته ما يمنعه من الوطى وزفت اليه كذلك اذا لم يكن مانعه نفسها منه
بغير حق وروى عن ابى يوسف رحمه الله فى الرتقا والمريضه التى لا يمكن وطيها انه
لا نفقه لهما قبل ان ينقلها الزوج الى بيته وان نقلها الى بيته مع علمه بذلك فليس له
ان يردها ولهما النفقه وان نقلتا الى بيته من غير رضاه فله ان يردهما الى اهلهما
لان التسليم الذى اقتضاه العقد من غير مانع من الوطى ولم يوجد فكان فى التسليم نوع
قصور وخلل فلا يستحق النفقه بخلاف ما اذا رضى الزوج لانه رضى بالتسليم القاصر بخلاف

الصغيره التي لا تجامع لان هناك المنفعه فائته اصلا فكان له ان يردها فلا تجب النفقه حتى
لو كانت الصغيره بحال تصلح لمنفعه الخدمه والاستيناس فنقلها الزوج الى بيت نفسه
ليس له ان يردها وتستحق النفقه فكانه اعتبر منفعه الاستيناس على هذه الروايه وعن محمد
رحمه الله في الرتقا كقول ابي يوسف وفرق ابو يوسف رحمه الله بينما اذا مرضت في بيته
وبينما اذا حولت الى بيته مريضه فقال اذا حولت الى بيته مريضه له ان يردها ولا نفقه لها
واذا مرضت في بيته فليس له ان يردها ولها النفقه الا ان يتطاول قال لان النكاح
يعقد للصحبه والالفه وليس من الالفه ان يمتنع من الانفاق او يردها بقليل مرض فاذا تطاول
فهو بمنزله الرتق الذي لا يزول عادة فصار كما لو كانت صغيره لا تجامع مثلها ثم اذا
فات الاحتباس المستحق للزوج ان كان من جهته لا يسقط النفقه لان النفقه واجبه
لها لوجود سبب الاستحقاق الا ان الزوج يريد اسقاط ذلك عن نفسه فلا يقدر
على ذلك ويجعل الاحتباس باقيا تقديرا وان فات لا بمعنى من جهه الزوج يسقط النفقه
على روايه الاصل والجامع وروايه الخصاف وعلى روايه ابي يوسف وهو اختيار القاضي
الامام للسغدي لها النفقه والحاصل ان على هذه الروايه المسقط فوات الاحتباس
من جهتها وعلى روايه الاصل الفوات لا من جهه الزوج وهو الاصح لانه اذا لم يكن من جهته
لا يمكن ان يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا وبدونه لا تجب النفقه وهو نظير غصب
المستاجر فانه يسقط الاجره لفوات التمكن من الانتفاع لا من جهه المستاجر وانما تجب النفقه
جزا فجزا لوجود الاحتباس جزا فجزا كالاجره في الاجاره والسكنى متى وقع في وجوبها
لا تجب لانه لا يحتاط في ايجابها كساير الحقوق الماليه وجواز ان الاحتياط في باب الفروج
لصيانتها عن التصرف بغير حق واجب لان الاصل والابضاع الحرمه والشرع عظم حرمته
حتى اوجب القتل على متناولها بغير حق اذا كان محصنا والجلد ان لم يكن محصنا
واوجب المال على متناولها بشبهه الحل وبشبهته مع رضى صاحب الحق لعدم وجوب

المال

المال ونفسه اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجلان شهدا على رجل انه طلق امراته ثلثا
وقد دخل بها وهي تدعي شهادتهم او كذبتهم او تقول لا ادري والزوج يجحد تقبل شهادتهم
من غير دعوى وسع للقاضي ان يمنع الزوج من الدخول عليها ولا يخرجها من منزله ويجعل
معها امراة امينه تمنع الزوج من الدخول والخلوه بها الى ان تزكى الشهود اما الحيلوله
فلانه يدعي اباحه الوطي بانكار الطلاق وقد قامت البينه على حرمه الوطي وامر الفرج
امر مستعظم شرعا فيحتاط فيه بمنعه من الدخول عليها لانهم ان كانوا كذبه فهي امراته
فلا يمنع وان كانوا صدقه فهي اجنبيه والمنع منه واجب فيمنع وان كان عدلا لان
العدل انما يمتنع عن الحرام اذا كان يعتقد حرمته وهو منكر لها ولان الحجه قامت
من وجه دون وجه لان الشهود عدول في الظاهر لكن العداله لم تظهر حقيقه فكما
ان القاضي ينتظر التزكيه نظرا للزوج ولا يقضي بالطلاق ينبغي ان يحول بينهما نظرا لحق الله
تعالى واما عدم الاخراج من المنزل فلانا تيقنا بحرمه اخراجها لانها معتده او
منكوحه ويبقى الزوج عليها لانها منكوحه او معتده وكيف ما كان فالنفقه واجبه
عليه فرق بين هذا وبين الزوج اذا طلق امراته ثلثا حيث يجعل بينهما سترا ليصير
حايلا ولا يجعل معها امراة امينه لانه معتقد للحرمه فلا حاجه الى من يمنعه اما هنا
يعتقد الحل ونفقه الامينه في بيت المال لان الحيلوله بينت احتياطا لحق الله تعالى
والصالحه عامله لله تعالى فيكون نفقتها في بيت المال كالقاضي وغيره وكذلك لو شهد
واحد عدل لما قلنا ثم يسال القاضي عن الشهود فان زكيت فرق بينهما والا ردت
على الزوج فان طالت المسالة عن الشهود وطلبت من القاضي ان يفرض لها النفقه او
كانت لها نفقه مفروضه كل شهر فرض لها القاضي النفقه وامره باعطا المفروض لانها
ان كانت مطلقه كانت معتده فتستحق النفقه وان كانت غير مطلقه كانت منكوحه
ممنوعه عن الزوج لا من جهته فينبغي ان لا تستحق النفقه الا ان النفقه كانت

واجبه بيقين وقع الشك في سقوطها فلا يسقط فان مضت مدة العده ولم يزك الشهود لم يقض لها
بعد ذلك بالنفقه لانا تيقنا انها لا يستحق النفقه معتده كانت او منكوحه اما اذا كانت معتده
فلانه انقضت عدتها واما اذا كانت منكوحه فلفوات الاحتباس لا من جهه الزوج فان
قيل اذا لم يدع المراة الطلاق فهي لا يمنع نفسها منه فلماذا لا يجب النفقه قلنا في سقوط
النفقه لا يفترق الحال بين منعها نفسها وبين منع غيرها الا ان رجلا لو حيل بينه وبين
امراته حتى لا يكون فيها عليها فلا نفقه لها لما ذكرنا فان عدلت البينه بعدما اخذت النفقه
سلم لها ما اخذت وان لم يزل رجع الزوج عليها بما اخذت من النفقه لان في الوجه الاول
ظهر انها استوفت نفقه العده وهي حقها وفي الوجه الثاني ظهر انها كانت منكوحه والزوج
ممنوع عن الاستمتاع بها والحبس في النكاح انما كان حقا للزوج ليتمكن من الاستمتاع
بها فاذا كان ممنوعا من ذلك لا يستحق النفقه وظهر ان القاضي اخطا في القضا فيرد
ما قبضت ان كان قايما ومثله ان كان هالكا وكذا ما اكلت في بيت الزوج بغير امره
لانه تبين انها اكلت بغير حق وما اكلت باباحته لا بطريق فرض النفقه لا يرد ولا
شي عليها كالهبه والصدقه استشهد رحمه الله فقال الا ترى ان القاضي لو
فرق بينهما بشهاده الشهود وقد كانت لها نفقه مفروضه مقدره كل شهر ثم علم
ان الشهود عبيد وردت على الزوج لا شي لها من النفقه لما مضى لان الزوج كان ممنوعا
من جهه ثالث كذلك هنا ولو ان امراة لها نفقه مفروضه على زوجها فهرب بها
رجل وهي كارهه ثم ردها فلا نفقه لها لما مضى لفوات الاحتباس لا من جهته وروي
عن ابي يوسف انها تستحق فرق بينهما اذا صار الزوج ممنوعا من المراة من جهه القاضي
وبينما اذا صار ممنوعا من جهه الغاصب والفرق ان المنفعه في منع القاضي عايده
اليها وهو صيانه فرجها عن الحرام عسى حتى لا يسقط احصانها بالوطي الحرام
فصار كان الزوج منع من جهتها فاما منفعه منع الغاصب لا يعود اليها حتى يجعل كمنعها

فلم يسقط نفقتها وجه ظاهر الروايه ما ذكرنا ان الزوج صار ممنوعا لا من جهته فلا يصير
المنع كلا منع فلا يتحقق سبب وجوب النفقه وكذلك اذا احبست بالدين فلا نفقه لها
لعدم المنع من جهته وقال ابو يوسف رحمه الله في الامالي ان لم يمنع الزوج عن الدخول
عليها في السجن فعليه نفقتها لانه قوام عليها فرع على قوله في النفقات فقال هذا اذا
حبست قبل النقله الى بيته فاما اذا حبست بعد النقله وبعدما فرض القاضي لها
النفقه لا يبطل نفقتها لان التسليم قد وجد والمنع حصل بعارض امر غير مضاف
اليها فلا يوثر في اسقاط حقها كالحيض وهذا كله اذا كانت محبوسه في دين لا يقدر
على الاداء فان قدرت على الادا فلم يفعل فلا نفقه لها لان المنع مضاف اليها اما على
ظاهر الروايه لا نفقه لها في جميع الوجوه لما قلنا ولو حبس الزوج وهو يقدر على الادا
او لا او حبس ظلما او هرب او اسر كان لها النفقه لان الاحتباس فات لمعنى فيه
ومن جهته ولو خرجت حاجا بمحرم فلا نفقه لها لانه منع من الاستمتاع لا من جهته وليس
يقوم عليها وقال ابو يوسف رحمه الله ان حجت قبل ان يسلم نفسها فلا نفقه لها وان كان
بعد فلها النفقه هكذا ذكر القدوري رحمه الله وذكر الخصاف رحمه الله مطلقا انه
لا نفقه لها كما اطلق في الجامع فيحتمل ان يكون ما ذكر قول محمد رحمه الله لابي يوسف
رحمه الله انه لما دخل بها فقد وجد التسليم والمانع اداء الفرض وهي مضطره في ذلك بخلاف
ما لو لم يسلم لعدم التسليم وجه قول محمد رحمه الله ما قلنا بخلاف ما لو صلت او صامت
عن رمضان فرع على قول ابي يوسف رحمه الله فقال يفرض لها نفقه الحضر دون السفر
يعني يعتبر ما كان قيمه الطعام في الحضر لا ما كان قيمته في السفر لان هذه الزياده
انما يلزمها لمنفعه تحصل لها فلا يكون عليه كالدوا ولهذا لا يجب عليه الكرا لانه
ليس من نفقه الحضر ولو اقامت هنالك مده لا يحتاج اليها بطلت نفقتها لانها
غير مضطره في ذلك فصارت كالناشزه والمامور بالحج ولو طلبت نفقه مده الذهاب

والمجئ لم يكن لها ذلك وتعطيها نفقة شهر لان الواجب لها نفقة الاقامة دون السفر
ونفقة الاقامة تفرض لها شهرا فشهرا فان عادت احدث ما بقي هكذا ذكر القدوري
وتاويله اذا كانت لها نفقة مفروضة لان نفقة الزوجة لا تصير دينا الا بالقضا او الرضى
عندنا وان حج الزوج معها فلها النفقة عليه بالاتفاق لانه لم يصر ممنوعا عن الاستمتاع بها لكن
يجب نفقة الحضر ولا يجب غلا السفر ولا مونة السفر لما قلنا وروى عن ابي يوسف رحمه الله
ان المراة اذا ارادت حجة الاسلام يومر الزوج ان يخرج معها وينفق عليها صبية تحت رجل
فليس عليه نفقة حتى تطيق الجماع وان كانت في بيت زوجها لان الزوج ممنوع عنها لا
من جهته واختلف المشايخ رحمهم الله في بلوغ الصغيرة مبلغ الجماع قال بعضهم تسع سنين
لان النبي صلى الله عليه وسلم بنى بعايشة رضي الله عنها وهي بنت تسع سنين وقال بعضهم اذا
بلغت تسع سنين فقد بلغت مبلغ الجماع وان بلغت خمس سنين لا وان كانت ستة
سنين او سبع سنين او ثمان ينظر ان كانت عبلة ضخمة فقد بلغت مبلغ الجماع والا
فلا وقال بعضهم لا اعتبار بالسن بل بالجثة وان كانت تصلح للقبلة والمعانقة اختلف
المشايخ رحمهم الله في وجوب النفقة وهنا نص على انها لا تجب ما لم تبلغ الجماع قال
الفقيه ابو الليث رحمه الله في ايمان الفتاوى الظاهر انها لا تبلغ مبلغ الجماع حتى تبلغ
تسعا قال وبه ناخذ فرق بين نفقة المنكوحة والمملوكة الصغيرة والفرق ان نفقة
المنكوحة انما تجب بسبب الاحتباس المستحق بالنكاح فانما تجب اذا حصل له منفعة
من منافع النكاح لان الاحتباس ما كان مطلوبا لعينه بل لغيره وهو منافع النكاح
فكانت العبرة لحصول منافع النكاح على الخصوص وذلك الوطي او الدواعي و
الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح للدواعي فصار الفوات لمعنى فيها فكان كالنشوز
اما نفقة المملوك تجب لاجل الملك فقط وذلك لا يختلف بالصغر والكبر ولو كان الزوج
صغيرا لا يطيق الجماع والمراة كبيرة فلها النفقة ان لم تكن مانعة نفسها لان الاحتباس

انما

انما فاتت لمعنى من جهته فلا يسقط [illegible] ولو كانا صغيرين لا يطيقان الجماع فلا نفقة لها
حتى يصير المراة الى الحالة التي تطيق لان المنع جا لمعنى من جهتها فاكثر ما في الباب ان يجعل
المنع من قبله كلا منع فالمنع من قبلها قايم ومع قيام المنع من قبلها لا يستحق النفقة وهذا لان
الامتناع انما يضاف الى المانع اذا وجد المقتضي وهنا لم يوجد المقتضي وهو تسليم نفسها
ووجود الحبس المستحق فكان مضافا اليهما لا اليه ولو زوج امته من رجل لم يكن عليه النفقة
حتى تبويها بيتا ويدفعها الى الزوج وتفسير التبوية ان يخلي المولى بين الامة وزوجها
في منزل الزوج ولا يستخدمها لان المعتبر في استحقاق النفقة تفريغها نفسها للقيام
لمصالح الزوج ولا تجب التبوية على المولى لان حقه في استخدامها باق وفي التكلف
بالتبوية ابطال حقه ولو بواها ثم بدا له ان يستخدمها فله ذلك لبقاء حقه في الخدمة
فاذا استخدمها لم يخل بينها وبين الزوج فلا نفقة لها لفوات ما كان يجب به النفقة
كما في الناشزة فان قيل لما كان للمولى حق استخدامها وجب ان لا يبطل نفقتها
كالحرة اذا حبست نفسها للصداق بعد التسليم قلنا في الحرة التفويت من جهة
الزوج حيث امتنع من ايفاء ما لزمه وهنا من جهة المولى حيث شغلها بخدمته او نقول
اعتبرنا الصورتين بالابتداء فان الحرة اذا امتنعت من النقل الى بيته لاستيفاء الصداق
كان لها النفقة والمولى اذا لم يبوئها بيتا مع الزوج لا نفقة لها فكذا في الانتهاء
المراة اذا امتنعت نفسها من الزوج او ابت ان تتحول الى منزله او الى حيث يريد
من البلدان وقد اوفاها مهرها فلا نفقة لها لانها ناشزة قال الخصاف رحمه الله
الناشزة هي الخارجة عن منزل زوجها المانعة نفسها منه لانها اذا كانت مقيمة معه
فالظاهر انه يقدر على تحصيل المقصود منها فلا يوجب ذلك بطلان نفقتها
وانما لا تستحق الناشزة النفقة لان الله تعالى امر بمنع حظها في الصحبة بقوله عز وجل
واهجروهن في المضاجع فذلك دليل على انه يمنع كفايتها في النفقة بطريق الاولى

لان الحظ في الصحبه لهما وفي النفقه لها خاصه ولانها انما يستوجب النفقه بتسليم
نفسها الى الزوج وتفريغها نفسها لمصالحه فبالمنع يصير ظالمه بفوته ما كان يجب
النفقه باعتباره وقيل لشريح رحمه الله هل للناشزة نفقه فقال نعم فقيل كم فقال جراب
من تراب معناه لا نفقه لها وان امتنعت من ذلك لقبض مهرها فلها النفقه لانها
محقه في الحبس بل الزوج هو الظالم والمفوت ولان النفقه حقها والمهر حقها فمطلها
احد الحقين لا يسقط حقها في الاخر وكذا لو لم يدخل بها في ظاهر الروايه الا في روايه
عن ابي يوسف انها قبل الدخول اذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها فلا نفقه لها
فكانه على هذه الروايه اعتبر لوجوب النفقه انتقالها الى بيته فاذا لم يوجد لا يستوجب
ابتداء اما بعد ما انتقلت الى بيته وجب النفقه فلا يسقط الا بمنعها نفسها بغير
حق وفي ظاهر الروايه بعد صحه العقد النفقه واجبه لها وان لم تنتقل الى بيته
الا ترى ان الزوج لو لم يطالبها بالانتقال الى بيته كان لها ان يطالبه بالنفقه فكذلك
اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر هذا اذا لم يدخل بها فان دخل بها فلذلك عند
ابي حنيفه رحمه الله وعندهما لا نفقه لها بناء على ان بعد ما دخل بها ليس لها ان تمنع
نفسها لاستيفاء المهر عندهما فكانت مبطله في المنع وعنده لها حق المنع لهما انها سلمت
نفسها برضاها فبطل حقها في الحبس كالبيع ولابي حنيفه رحمه الله ان الوطي يتصرف
في البضع المحترم فلا يجوز اخلاؤه عن العوض فاذا منعت نفسها فقد منعت ما يقابله
المهر فصح وهذا لان المهر عوض عن كل الوطيات مده العمر الا انه لجهالته يقام الوطي
من مقام الوطيات في جميع العمر في حق الباكر فكل وطي وجد يقابله شي من المهر
كما في الزكاة والقراة في الصلاة وقال ابو القسم الصفار رحمه الله هذا زمانهم اما
في زماننا لا يملك ان يسافر بها وان اوفاها مهرها لان في زمانهم الغالب من حال
الناس الصلاح فاما في زماننا فسد الناس فالمراة اذا كانت بين عشيرتها فالزوج

لا يقدر

لا يقدر على ان يظلمها ومتى نقلها الى بلد اخر ظلمها ومن له هذا ان يخرجها من البلد الى القرية
او على العكس قال ذلك ليس بسفر واخراجها الى بلد اخر سفر وكل فرقه جاءت من قبل
الزوج بمعصيه او غيرها كما اذا طلقها او اختار الفسخ في خيار البلوغ بعد الدخول
بها او قبل امها او جاءت من قبلها بغير معصيه نحو ان اختارت نفسها في خيار
البلوغ الى العتق او بحسره فالنفقه والسكنى واجبتان ما دامت في العده
لانها محبوسه بحقه فان منفعه الحبس يعود اليه وهو صيانه مايه فاستحقت
النفقه وكل فرقه جاءت من قبلها بمعصيه بان ارتدت ولم تحبس بل كانت في
بيته او قبلت ابن زوجها بشهوه فلا نفقه لها وهذا استحسان والقياس ان يكون
لها النفقه وان كانت الفرقه من جهه غيرها كما اذا قبلها ابن الزوج بغير اختيارها
كرها فلها النفقه وجه القياس انها محبوسه بحق الزوج ما دامت في العده لان
منفعه الاحتباس يعود اليه فيستحق كما لو حصلت الفرقه منها بسبب ليس
بمعصيه وجه الاستحسان ان الاحتباس لمنفعه صيانه الماء وان بقي لكن هذا الباقي
حقيقه جعل كالعدم معنى ضروره انها فوتت الاحتباس لمنفعه الوطي ودواعيه
التي هي مطلوبه بالنكاح فاذا فوتت بسبب هو معصيه جوزيت بسقوط النفقه
التي هي جزاء الاحتباس فاذا جوزيت بسقوط النفقه سقط اعتبار الحبس القايم
لمنفعه صيانه الماء ضروره فلم يبق الحبس اصلا تقديرا فلا يستحق النفقه بخلاف
اذا وقعت الفرقه منها بغير معصيه لان الشرع لما اطلق لها تفويت ذلك
الاحتباس لا يجوز ان يجازى بالحرمان فبقيت النفقه بمقابله ما بقي وهذا
لان النفقه صله وعصيان من يستحق عليه الصله لا يوثر في بطلان الصله
اما عصيان من يستحق الصله يوثر في ابطاله ونظيره الوارث اذا قتل المورث
ان كان بحق لا يحرم على الميراث وان كان بغير حق يحرم فرق بين المهر والنفقه

اذا حصلت الفرقه بسبب هو غير معصيه حيث يسقط المهر ولا يسقط النفقه والفرق
ان المهر انما يجب بازاء ملك البضع وقد فوت الملك كله قبل التسليم فلم يبق شي من المعقود
عليه فلا يبقى شي من العوض فاما النفقه انما يجب بازاء الحبس وما بقيت العده بقي شي من الاحتباس
لمنفعه صيانه مايه فلم يفت كل المعوض فيمكن ابقا العوض الا ان الفرقه اذا كانت بسبب
هو معصيه منها صار الحبس القايم كالفايت معنى لضروره قال محمد رحمه الله في الاصل
واذا وقعت الفرقه على وجه يجب النفقه ما دامت في العده كانت بمنزله الزوجه
فما اسقط النفقه في النكاح اسقطها في العده اراد به اذا فات الحبس بان حبست
بالدين في العده او حجت او هربت او غصبها رجل او خرجت للحج او ارتدت لانه
لما فات حقيقه الاحتباس فقد فات منفعه صيانه مايه فلا يستحق النفقه فاما اذا
لم يفت الحبس في العده بان قبلت ابن زوجها في العده لا يسقط النفقه لان الحبس لا يفوت
فبقي منفعه صيانه مايه فاستحقت النفقه بخلاف ما اذا قبلت حال قيام النكاح حيث
يسقط النفقه لانها فوتت الاحتباس الثابت لمنفعة الزوج وهو الوطي ودواعيه فجوزيت
بالحرمان وهذا لان التقبيل موجب للحرمه والمحرميه فكان منافيا للنكاح فيضاف الفرقه
اليها اما بعد الطلاق الباقي هو النفقه والمحرميه لا ينافيها فيبقى الا ترى انها لو قبلت ابن
زوجها في مرضه في النكاح تحرم عن الميراث ولو قبلته في العده لا تحرم وهذا اذا حبست
المرتده في العده اما اذا لم تحبس وهي في بيته لا يسقط النفقه بخلاف ما ارتدت حال قيام
النكاح لما ذكرنا فلو ارتدت وحبست حتى سقطت النفقه ثم رجعت الى الاسلام
فلها النفقه والسكنى لان استحقاق النفقه كان ثابتا لكن السقوط كان بعارض
وهو الحبس بالرده حتى ثبت وقد زال كما لو نشزت ثم عادت الى منزله بخلاف ما لو ارتدت
وهي منكوحه حتى وقعت الفرقه وسقطت النفقه ثم اسلمت فانه لا يعود النفقه والفرق
ما ذكرنا ان الفرقه في النكاح وقعت بسبب مضاف اليها وهي معصيه فسقطت النفقه اصلا

اما هنا تقرر سبب الوجوب لكن امتنع في بعض المده لعارض وقد زال وان لحقت بدار الحرب
ثم اسلمت او سبيت فاعتقت فلا نفقه لها لان باللحوق سقطت العده حكما لانقطاع
العصمه بتباين الدارين فصار كما لو سقطت بمضي المده وهذا كله في الطلاق الباين
والثلاث اما اذا كان رجعيا فالمعتده في الطلاق الرجعي اذا وطيها ابن الزوج وهي
مطاوعه او قبلها او ارتدت فحبست او لم تحبس فلا نفقه لها لان الفرقه ما وقعت
بالطلاق فيكون الفرقه بسبب منها وهو معصيه فيسقط النفقه واذا خرجت المعتده
من منزله يسقط نفقتها فان عادت الى منزله فلها النفقه كما في حال قيام النكاح
لان العده خلف عن الزوجيه وهذا الاحتباس غير الاحتباس الثابت بالنكاح الا انه
تاكد بحق الشرع ولو كانت ناشزه وقت الطلاق وعادت الى بيته بعد الطلاق يستحق النفقه
لما ذكرنا ان نفقه العده انما النفقه النكاح فيكون هذه الحاله معتبره بحال قيام النكاح
واذا طلق امراته طلاقا باينا وهي امه وقد كان بواها المولى بيتا فعلى الزوج نفقه العده
فان اخرجها المولى لخدمته وهي في العده لا نفقه لها كالحره اذا خرجت من بيت العده
فان اعادها الى منزله فلها النفقه لما قلنا اما اذا كانت قبل الطلاق في بيت المولى
وطلقها الزوج ثم عادت الى بيته بعد الطلاق فلا نفقه لها عند علمائنا الثلثه
وعند زفر لها النفقه كاستخدامه اياها بعد الطلاق وهذا لان سقوط النفقه بعارض
فاذا زال العارض صار كان لم يكن وصار كالحره اذا كانت ناشزه وقت الطلاق
ثم عادت الى منزله الا انا نقول باعتبار العده يبقى ما كان ثابتا ولا يثبت ما لم يكن ثابتا
لان الثبوت ابتدا يستدعي قيام الملك مطلقا وثبوت نفقه العده عند الفرقه فاذا كانت
في بيته عند ذلك كانت مستحقه للنفقه فيبقى ببقا العده وان اعترض مسقط ثم زال
صار كان لم يكن واذا لم يكن مستحقه عند الفرقه فلو وجبت في العده كان هذا اثبات
النفقه ابتدا وهذا المعنى وهو ان المقصود من التبويه فراغها للقيام بمصالح الزوج

ذلك انما يكون في حال قيام النكاح فاذا ابواها في تلك الحاله استحقت النفقه فسقى اما
المتبوبه بيت الا لا يحصل هذا المقصود فلا يجب فلا يسقى بخلاف المباشره لان النكاح
في حق الامه حاله الطلاق لم يكن سببا لوجوب النفقه لانه لم يكن سببا لوجوب الاحتباس
ولهذا لو اراد الزوج ان يعيدها الى منزله من غير رضى المولى لم يكن له ذلك وبالطلاق
زال النكاح من وجه وبقي من وجه فاذا اعادت الى بيته وتحقق الاحتباس ان صار النكاح
سببا من حيث هو باق فمن حيث انه زايل لم يصر سببا فلا يصير سببا بالشك اما في حق
الحره النكاح حاله الطلاق كان سببا لوجوب النفقه لانه كان سببا لوجوب الاحتباس
ولهذا لو اراد الزوج ان يعيدها الى بيته كان له ذلك سابقا وابت الا انها بالنشوز
فوتت الاستيفا على الزوج فحورست بالمنع من الاستيفا ايضا فاذا عادت الى بيته فقد تمكن
الزوج من استيفا ما عليها فيتمكن المراة من استيفا ما عليه ايضا ولان الحره مستحقه في اصل
النكاح والعارض المسقط في حقها عند الفرقه وبعدها سواء اذا زال ذلك بخلاف
الامه وبخلاف ما لو اخرجها المولى من منزل الزوج بعد الطلاق ثم اعادها لان النكاح حاله
الطلاق كان سببا لوجوب الطلاق والسقوط بعارض وقد زال كما في الحره وان كان طلقها
طلاقا رجعيا قبل ان يبوئها المولى كان للسيد ان ياخذ الزوج حتى يبوئها بيتا يعني للمولى
ان يخلي بينها وبينه في منزله لان الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح وان كان باينا ليس له
ذلك لانه يحرم الوطي وكذا لو طلقها طلاقا رجعيا ثم اعتقها المولى كان لها ان يطالب
الزوج بان يبوئها بيتا وينفق عليها لانها ملكت امر نفسها وان كان باينا ليس لها ذلك لما
قلنا ولو شهد شاهدان على رجل انه طلق امراته قبل الدخول بها والزوج يجحد ومنع
القاضي الزوج من الدخول عليها فطلبت النفقه حتى يسال عن الشهود فلا نفقه لها
لان الشهود وان كانوا صدقه فهي ليست بمنكوحه ولا معتده وان كانوا كذبة فهي
منكوحه الا ان الزوج صار ممنوعا عنها لا من جهته ذلك مسقط للنفقه واذا سقطنا

لعدم

لعدم الاستحقاق لا يقضي امراه دخل بها زوجها فمرضت مرضا تمنع الجماع فلها النفقه
وكذا الرتقا لوجهين احدهما انه بقي الاحتباس لمنفعه الدواعي بها والثاني
ان النكاح عقد عمر والعمر لا يخلو عنه عاده كالحيض فلا يمكن التحرز عنه فصار الفايت
من الجنس بالمرض حقيقه كالقايم معنى فاستحقت النفقه بخلاف ما لو استاجر عبدا
فمرض بعد ما سلمه الاجر الى المستاجر فانه يحط الاجر بمقدار المرض لما ذكرنا ان مبنى
النكاح على الالفه والموده بخلاف الاجاره ولان الاجاره عقد موقت ويقدر ان ينعقد
على وقت لا مرض فيه اما النكاح عقد عمر فلا يقدر ان على ذلك نظيره المراة اذا كان
عليها صوم شهرين متتابعين فحاضت في خلال الصوم لا يلزمها الاستقبال
ولو مرضت يلزمها الاستقبال لانها لا يقدر على صوم شهرين لا حيض فيهما ويقدر
على صوم شهرين لا مرض فيهما ولو ادعى رجل على امراة نكاحا وهي تجحد واقام البينه
لا نفقه لها على الزوج لانه يس انها منكوحه ممنوعه عن الزوج لا بفعله وان ادعت
امراة على رجل انه تزوجها وهو يجحد واقامت البينه لا نفقه لها في هذه المساله لان
النفقه لم يكن واجبا لها سابقا فلا يجب بالشك بخلاف الطلاق على ما ذكرنا ثم
فرع على مسله النكاح فقال ان راى القاضي ان يقضي لها بالنفقه لما راى فيه
من المصلحه ينبغي ان يقول لها ان كنت امراته فقد فرضت لك نفقه كل شهر كذا
ويشهد على ذلك فان استدان على الزوج فان عدلت البينه اخذته بتلك النفقه لانه
تبين انها كانت منكوحه ممنوعه بفعل الزوج وهو جحوده وان لم تعدل لم يكن لها عليه
شي ولو ان اختين ادعت كل واحده منهما على رجل انه تزوجها ودخل بها وهو يجحد
واقامت كل واحده منهما البينه على امرها فطلبتا النفقه في هذه المساله جعل
القاضي لهما نفقه امراه واحده وعلى قياس المسله الاولى ينبغي ان لا يقضي لوقوع
الشك في الوجوب لكل واحده منهما والفرق ان هنا احدى البينتين بعدل غالبا

[illegible] و المسئلة الاولى واذا

[illegible] يكون بينهما فان عدلت البينتان

[illegible] بالمهر الذى ادعت استحسانا والقياس ان يحكم لكل واحد نصف

المهر الذى قامت عليه البينة وبالاقل من نصف المال الذى قامت عليه البينة ومن نصف

[illegible] او ان قامت احداهما بينة على اقراره بالدخول دون الاخرى قضى للمدخول بها

بالمهر الذى قامت عليه البينة ولو لم يدع كل واحدة الدخول والشهود لم يتعرضوا الاقرار

الزوج بذلك يعرف بينه وبينها ويكون لهما نصف المالين بينهما وعلى قول الفقيه ابى جعفر

رحمه الله ينبغى ان لا يقضى لهما بشى حتى يصطلحا على احد نصف كل واحد من المهرين بينهما والله اعلم

باب ارتداد المراة سى محمد رحمه الله

الباب على الاصل الذى مر فى الباب المتقدم وهو ان البينونة متى جاءت من قبل الزوج

بمعصية او غيرها او من قبل المراة بغير معصية كان لها النفقة والسكنى ما دامت

فى العدة وكل فرقة جاءت من قبلها بمعصية لم يكن لها النفقة وكان لها السكنى لان

النفقة حقها والسكنى حق الشرع والمرء انما يجازى بجنايته على ابطال حقه ولهذا لو اختلعت

على ان لا نفقة لها يصح ويسقط النفقة عنه ولو اختلعت على ان لا سكنى لها فعليه السكنى

لان خروجها من بيتها معصية واشتراط المعصية فى الخلع باطل حتى لو ابرأت زوجها

من مؤنة السكنى ورضيت ان يكون فى بيت نفسها او يلتزم مؤنة السكنى يصح ويلزمها

مؤنة السكنى ولا يحل لها الخروج لان التزام مؤنة السكنى حقها الا ترى ان فى المهر الزائد

على العشرة لما كان حقها يتمكن من اسقاطها ولا يتمكن من اسقاط العشرة لانها حق الشرع

ثم لم يذكر محمد رحمه الله فى الاصل هذا الباب لانه ذكر بعض مسائل هذا الباب فى الباب المتقدم

والبعض فى المبسوط وذكر صاحب الكتاب رحمه الله اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله

امراة ارتدت عن الاسلام ثم اسلمت او لم يسلم فلا نفقة لها ولها السكنى وكذا لو قبلت ابن

الزوج

الزوج لانها حرمت [illegible]

ودوام الجناية ليس بشرط [illegible] رجلين [illegible]

فاختارت نفسها فلها النفقة لان الشرع اطلق لها التفويت [illegible] بالحرمان

بالحرمان لو سقطت النفقة انما يسقط لعدم السبب وقد وجد السبب وهو

الاحتباس فى العدة لحق الزوج مجوسيان اسلم الزوج وابت هى يفرق بينهما ولها النفقة

لها لان البينونة حصلت من جهتها بفعل هو معصية ولو كانت هى المسلمة فلها النفقة

لان البينونة حصلت من جهة الزوج صبية زوجها عمها ودخل بها فادركت

واختارت نفسها فلها النفقة لان الفرقة حصلت من جهتها بغير معصية وكذلك ان كان هو

الصبى فبلغ واختار الفرقة من جهة الزوج وكذلك الزوج يتزوج المراة وهو غير كفو

فيدخلها بها ثم يفرق بينهما امراة طلقها زوجها ثلثا او واحدة باينة فلم يطلب النفقة

حتى انقضت العدة لم يكن لها بعد ذلك نفقة لان النفقة لا يصير دينا الا بالقضا ولم

يوجد ولان نفقة العدة لا يكون اكثر من نفقة النكاح وثمه لا يصير دينا الا بالقضا

او الرضا عندنا وعند الشافعى رحمه الله نفقة النكاح يصير دينا والمسئلة

لا نفقة لها عنده فلا يصير دينا له ان وجوبها بالعقد فلا يحتاج الى القضاء او الرضى

فى صيرورتها دينا بعد العقد كالمهر او لان وجوبها باعتبار قيام الزوج عليها

بعد العقد او عوض عن الاحتباس فى بيته لمنفعة يعود اليه ولهذا لو فات الاحتباس

بالنشوز لا يجب وقد تقرر القيام عليها والاعواض يصير دينا بغير قضا ولا رضى متى

تحقق سببه كالاجر والمهر ولنا ان النفقة صلة والصلات لا يتاكد بنفس العقد

ما لم ينضم اليها ما يؤكدها كالهبة والصدقة لا يتم الا بالقبض وبيان الوصف

ان النفقة ليست بعوض عن البضع فان المهر عوض عنه ولا يستوجب عوضان

عن شى واحد بعقد واحد لان ما هو عوض البضع يجب جملة لان ملك البضع يحصل للزوج

... يكون عوضا عن الاس... ذلك بصرف في ملكه

...ب عليه العوض سرفنا ان طريقه ... الكدها بالقضا او التراضي

ويقول انها عوض من وجه صله من وجه لانها تجب بازاء الاحتباس وفي الاحتباس

ن كان حق الزوج من حيث الاستمتاع وقضا الشهوه واصلاح امر المعيشه ففيه حق

الشرع من حيث تحصيل الولد وصيانه كل واحد منهما عن الزنى فمن حيث انه حقه

امكن جعل النفقه عوضا عنه ومن حيث انه حق الشرع واقامه حق الشرع مستحق

على كل انسان لا يصلح عوضا فلا يكون عوضا من كل وجه فمن حيث انها صله

لا يصير دينا الا بالقضا او الرضى كنفقه الاقارب ومن حيث انها عوض يصير دينا

اذا وجد القضا او الرضى عملا بالدليلين ولان هذه نفقه مشروعه للكفايه فلا

يصير دينا بدون القضا كنفقه الوالدين والمولودين لا يصير دينا بمجرد مضى الزمان

كذلك هنا واما المبتوته فلها النفقة والسكنى عندنا وعنده لها السكنى ولا

نفقه لها الا ان يكون حاملا وعند ابن ابي ليلى رحمه الله لا نفقه لها واستدلا بحديث

فاطمه بنت قيس رضي الله عنها قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يجعل لي رسول الله صلى الله

عليه وسلم نفقه ولا سكنى وقال لو كنت حاملا كان لك النفقه الا انا تركنا ظاهر

الحديث في حق السكنى بالاجماع ولا اجماع في النفقة فبقي على ظاهره الا انا نستدل

بما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال للمطلقة ثلثا النفقه والسكنى وهذا نص

في الباب والمعنى ما ذكرنا انها محبوسه لحقه وما روي من الحديث طعن فيه كبار

الصحابه رضي الله عنهم وقد روي ان زوجها كان اسامه بن زيد رضي الله عنه

وكان اذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شي في يده وعن عايشه رضي الله عنها

قالت امراة فتنت العالم اي بروايتها هذا الحديث وقال عمر رضي الله عنه لا ندع

كتاب ربنا ولا سنه نبينا بقول امراة لا تدري اصدقت ام كذبت احفظت

ام نسيت

ام نسيت سمعت ... يقول للمطلقه الثلاث النفقه والسكنى

في العده وتاويله ان ثبت ... ان زوجها كان غايبا فانه خرج الى

... ووكل اخاه بان ينفق عليها خبز الشعير فابت ذلك ولم يكن الزوج حاضرا ليقضي عليه بشي

والثاني انها كانت بذيه اللسان على ما روي انها كانت تودي احماء زوجها حتى اخرجها

فامرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تعتد في بيت ام مكتوم رضي الله عنها فظننت

انه لم يجعل لها نفقه ولا سكنى ثم لا خلاف في استحقاقها السكنى وانه منصوص عليه بقوله

تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن وقال الله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم فنقول النفقه

والسكنى كل واحد منهما حق مالي مستحق لها بالنكاح والعده حق من حقوق النكاح فكما

بقي باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكنى فكذلك النفقه وباستحقاق

السكنى يبقى ملك يده عليها ما دامت في العده وكما يثبت استحقاق النفقه باعتبار ملك

العين يثبت استحقاق ملك اليد الا ترى ان نفقه رقيق المكاتب عليه في كسبه لماله

ملك اليد بخلاف المرهون لان ملك اليد للمرتهن في الماليه دون العين فان يده يد

الاستيفاء وذلك في الماليه دون العين واما اذا كانت حاملا فلا النفقه بالنص

وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الايه ومن اصل الشافعي

رحمه الله ان تعليق الحكم بالشرط كما يدل على ثبوت الحكم عند وجود الشرط

يدل على نفيه عند عدم الشرط وعندنا لا يدل على العدم وعندهما لا يدل على العدم

لان مفهوم النص ليس بحجه ولانه يجوز ان يكون الحكم ثابتا قبل وجود الشرط بعله

اخرى الا ترى انه لو قال لعبده انت حر اذا جاء راس الشهر ثم قال انت حر غدا

بقي التعليق الاول صحيحا حتى لو ازاله عن ملكه اليوم ثم ملكه بعد غد يعتق اذا

جاء راس الشهر ولو بقي في ملكه حتى الغد يعتق ايضا كيف وقد قرا ابن مسعود رضي الله عنه

وانفقوا عليهن من وجدكم فدل ان النفقه مستحقه لها بالعده وان قوله عز وجل

وان كن اولات حمل لا نزال اشكالا لان تقع عسى فان تقل الحمل تطول عاده فكان
لنا انها هل يستوجب النفقه بسبب العده في مده الحمل وان طال فازال الله تعالى
هذا الاشكال بهذه الايه ثم النفقه ان كانت حاملا تجب لها للولد بدليل انه لا تجب في مال
الولد ان كان له مال وانه لا تتعدد بتعدد الولد ولو كانت امه فنفقتها على زوجها
نفقه الولد على مولاه كما بعد الانفصال وان المنكوحه اذا احبلت لا تتضاعف نفقتها
ولو استحقت بالحمل لتضاعفت واذا ثبت ان النفقه تجب لها لا بدعى سبب استحقاق
النفقه بينها وبين الزوج ولا سبب سوى العده والحامل والحامل في هذا السبب سواء وان طلبت
النفقه في العده فقضى لها ثم قبلت ابن زوجها او لمسته لم يبطل نفقتها بخلاف ما لو قبلت
حال قيام النكاح لما ذكرنا وفرق بينه وبين الرده في العدة بما ذكرنا ان بالتقبيل لا يفوت
الاحتباس وبالارتداد يفوت فان اسلمت يعود النفقه فرق بينه وبين الارتداد حال قيام
النكاح والفرق وهو ان سقوط النفقه ثم كان بطريق المجازاة ودوام الجنايه ليس
شرط لدوام الجزا اما هنا كان ضرورة فوات السبب وهو الاحتباس لحقه فاذا
عاد السبب يعود الحكم بخلاف ما لو ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم عادت مسلمة
لما قلنا ان اللحاق بمنزله الموت مطلقه ثلثا او واحده باينه خرجت من بيت الزوج
في العدة فلا نفقه لها لانه فات السبب وهو الاحتباس لحقه حربي تحته ذميه فطلقها
فلها نفقه العده لان المعنى يشمل الحربي والمسلم وهذا على قول من يقول بوجوب العده
على الذميه وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي حنيفه لا تجب العده وهو
فرع ما اذا تزوج الذمي ذميه في عده ذمي جاز النكاح في قول ابي حنيفه رحمه الله
حتى لا نفرق بينهما وان اسلما او ترافعا الينا وعندهما يفرق لان النكاح في العدة مجموع
على بطلانه فيما بين المسلمين فكان باطلا في حقهم ايضا كالزنا الا انا لا نتعرض لهم
لعقد الذمه فاذا ترافعوا او اسلموا اوجب الحكم بحكم الاسلام كما في نكاح المحارم

فاما عند ابي حنيفه رحمه الله من اصحابنا من يقول العدة لا تجب على الذمي لان وجوبها لحق الشرع
او لحق الزوج ولا يمكن ايجابها لحق الشرع لانهم لا يخاطبون بذلك ولا لحق الزوج لانه لا يعتقد
ذلك فاذا لم تجب العدة صح النكاح ومنهم من يقول العدة واجبه ولكنها ضعيفه لا تمنع
النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا وبعد المرافعه
والاسلام الحال حال البقا والعدة لا تمنع البقا كالمنكوحه اذا وطيت بشبهه بخلاف
ما اذا كانت معتده من مسلم لان تلك العدة قويه واجبه حقا للزوج والذمي اذا
تزوج بمحارمه وذلك نكاح في دينهم فطلبت منه نفقه النكاح فعلى قول ابي حنيفه
رحمه الله تفرض لها وعلى قولهما لا بناء على ان عند ابي حنيفه رحمه الله لهذا النكاح حكم
الصحه حتى قال لو دخل بها لا يسقط احصانه حتى اذا اسلم يحد قاذفه ولو طلب
احدهما الفرقه لا نفرق ما لم يطلبا وعندهما له حكم الفساد حتى قالا نفرق بطلب احدهما
الا انا لا نتعرض لهما بحكم عقد الذمه ولا نفقه في النكاح الفاسد وعند ابي يوسف
رحمه الله اجرا يفرق القاضي بينهما اذا علم به من غير طلب واجمعوا ان في النكاح
بغير شهود يستحق النفقه لانه محكوم بالصحه فيما بينهم عند الكل واذا خرج الحربي
وامراته الينا بامان فطلبت النفقه لا نفرض لها على الخصاف رحمه الله وقال هذا
من احكامنا ولم يرضوا باحكامنا الا ان يصيرا ذميين محمد يقضى واذا خرج احد
الحربيين مسلما ثم خرج الاخر بعده فلا نفقة لها لان الزوج ان كان هو الخارج اولا
فلا عدة عليها بالاتفاق ان كانت المراة هي الخارجه اولا فكذلك عند ابي حنيفه
رحمه الله وعندهما وان وجبت العده الا ان وجوب نفقه العده باعتبار ملك
الحبس الثابت للزوج عليها حالة العده وتباين الدارين كما يقطع عصمة النكاح يقطع
ملك الحبس الثابت بالنكاح حربيا دخلا بامان ولهما ابن مسلم فلا نفقه لهما عليه
لانها صله وبر وقد نهينا عن ايصال البر الى الحربي وهذا لان هذه الصله لا تعالله

...حربي فهو يستوجب القضا ... يوجب للايفا وكذا لو كان لهما ابن ذمي
... نفقتهما عليه وان كان المسلم ابن ذمي معسرا في القياس لا نفقه عليه لاختلاف الدين
وكذا لو كان الاب مسلما والولد ذميا الا ترى انهما لا يتوارثان واستحقاق نفقه الوالدين
والمولودين بطريق الصله كما في ساير الاقارب لكنا استحسنا في قرابه الولاد وقلنا
بوجوب النفقه لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وهذا في الابوين الكافرين لقوله تعالى
وان جاهداك على ان تشرك بي وليس من المصاحبه بالمعروف ان يتركهما يموتان جوعا
ثم استحقاق النفقه بين الوالدين والمولودين بسبب الولاد وذلك يتحقق مع اختلاف الدين
وفي ساير الاقارب بسبب الوراثه وباختلاف الدين ينقطع التوارث الا ترى ان حكم
العتق عند الدخول في ملكه وحرمه الرجوع في الهبه لما تعلق بالرحم مع المحرميه شرعا
لم يختلف ذلك باختلاف الدين بخلاف الحربي لانا ما نهينا عن البر الى الذمي امراة
خاصمت زوجها في النفقه فرض لها في كل شهر ما يكفيها بالمعروف لان النفقه مشروعه
للكفايه فانما يفرض بمقدار ما يعلم انه يقع به الكفايه وهو فوق التقتير دون الاسراف
لانه مامور بالنظر من الجانبين وكما يفرض لها قدر الكفايه من الطعام فكذا من الادام
والدهن اما الادام فلان الخبز لا يوكل الا مادوما عادة وجا في تاويل قوله تعالى
من اوسط ما تطعمون اهليكم ان اعلى ما يطعم الرجل اهله اللحم والخبز واوسطه
الخبز والزيت وادناه الخبز واللبن واما الدهن فلانها لا تستغني عنه خصوصا في
دار الحر فانه من اصول الحوايج كالخبز وكذلك يفرض لها من الكسوه ما يصلح لها للشتا
والصيف فان بقا النفس بها وكما لا بقا للنفس بدون الماكول لا يبقى بدون الملبوس عاده
والحاجه اليه تختلف باختلاف الاوقات والامكنه فيصير المعروف في ذلك فان كان
الزوج صاحب مايده يمكن هي من تناول ما يكفيها ليس لها ان يطالبه بالفرض ولا يفرض
القاضي لانها متعنته في الطلب لان الرجل اذا كان بهذه الصفه وينفق على من ليس

في عياله لا يمتنع عن الانفاق على من في عياله ... الا اذا ظهر للقاضي ابه بضرمه ...
فحينيذ يفرض لها في ظاهر الروايه المعتبر حال الرجل في اليسار والاعسار قال الله تعالى ولا ...
قدره وعلى المقتر قدره وقال الله تعالى لينفق ذو سعه من سعته الايه وذكر الخصاف رحمه الله
ان المعتبر حالهما حتى اذا كانا موسرين فلها نفقه وان كانا معسرين فلها نفقه المعسرين
وان كان الزوج موسرا وهي معسره يستوجب عليه دون ما يستوجب اذا كانت موسره لان
الظاهر ان دون ذلك يكفيها وان كانت موسره والزوج معسر يستوجب عليه فوق ما يستوجب
اذا كانت معسره ليحصل كفايتها بذلك وفي ظاهر الروايه يقول لما تزوجت معسرا فقد
رضيت بنفقه المعسرين قال مشايخنا رحمهم الله المستحب للزوج اذا كان موسرا وهي فقيره
بان ياكل معها ما ياكل بنفسه لانه مامور بحسن العشره معها وذلك في ان يكون اكلها اكله
ونفقته ونفقتها سواء وان كان لها خادم يفرض لخادم واحد لان الزوج محتاج الى القيام
بحوايجها واقرب ذلك اصلاح الطعام لها وخادمها ينوب عنه في ذلك فيلزمه نفقه الخادم
بالمعروف ولا يبلغ نفقه خادمها نفقتها حتى قالوا يفرض لخادمها ادنى ما يفرض لها على الزوج
المعسر ولا يفرض الا لخادم واحد عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف يفرض
لخادمين لانها تحتاج اليهما ليقوم احدهما بامور داخل البيت والاخرى باتيانها من الخارج
بما تحتاج اليه وهما قالا حاجتها يندفع بالواحد عاده وما زاد على الواحد للتجمل ووجوب
النفقه على الزوج للكفايه فكما لا يزيدها على قدر الكفايه في نفقتها فكذلك في نفقه
خادمها ولو صالحته على نفقه لا يكفيها ثم رافعته الى القاضي يبلغ بها الكفايه وكذا اذا
فرض القاضي بالدراهم ثم غلا او رخص يعتبر الكفايه في كل زمان ولو كفل لها رجل بالنفقه
كل شهر لم يكن لها الا الشهر الواحد لما ذكرنا في الطلاق فان وقت وقتا او قال انا ضامن
لنفقتك ما عشت فهي عليه كما قال ولو كساها زوجها فتخلت بخرق الكسوه فالاصل فيه
ان القاضي متى ظهر له الخطا في التقدير يرده ويستانف القضا واذا لم يظهر له ذلك

لانه اذا لم يظهر الخطا في التقدير معيرا واذا ظهر جعل وجوده كعدمه فصار كانه
فرض لها الكسوة ولم يوقت وقتا فتخرقت من غير اسراف فانه يقضي بكسوة اخرى فكذا اذا
قدر فيقول اذا هلكت الكسوة او سرقت لم تبين الخطا في التقدير فلا يقضي بكسوة اخرى
ما لم يمض ذلك الوقت وان تخرقت بالاستعمال قبل مضي المدة ان تخرقت لخرق استعمالها
لم تبين الخطا ايضا في التقدير فيمضيه وان تخرقت بالاستعمال المعتاد تبين الخطا لانه
وقت وقتا لا تبقى الكسوة الى ذلك الوقت فيقضي لها بكسوة اخرى وان مضت المدة و
الكسوة باقية فان لم يستعمل تلك الكسوة اصلا او استعملت معها اخرى يفرض لها
بكسوة اخرى لانه لم يبين الخطا في التقدير وان لم يستعمل معها كسوة اخرى لا يفرض
لها بكسوة اخرى لظهور الخطا في التقدير فرق بين الكسوة وبين ما اذا فرض لها نفقة شهر عشرة
دراهم فمضى الشهر وقد بقي من العشرة شي حيث يقضي لها بعشرة اخرى والفرق ان في النفقة
لم يظهر خطا ويقين لجواز انه انما بقي العشرة ها هنا في الاتفاق فيبقى التقدير معتبرا اما في الكسوة
اذا لبست جميع المدة ولم يتخرق فقد ظهر الخطا بيقين لعلمنا انه لم يوجد التقتير في اللبس
فرق بين نفقة الزوجات وكسوتهن ونفقة المحارم وكسوتهم فان في المحارم اذا سرقت
النفقة او الكسوة قبل الوقت او تخرقت يفرض ثانيا ولو بقي بعد المدة شي لا يفرض ما بقي شي
لان نفقة المحارم وكسوتهم انما تجب باعتبار الحاجة ولهذا لا تجب عوضا عن الاحتباس
او كعانه لها والقاضي انما جعل هذا المال عوضا عن احتباس مقدر او كفاية لوقت مقدر
فاذا لم يظهر خطاؤه جاز الاحتباس اجرا لم ياخذ ما راه عوضا فيقضي لها بالعوض ولو
فرض النفقة ولم ياخذها وانفقت من مالها اخذت لما مضى لان بالفرض صار دينا بخلاف
نفقة المحارم لان وجوبها باعتبار الحاجة فان لم ياخذ حتى ماتت او مات بطل ذلك
بمنزلة ذمي مات او اسلم وعليه خراج وعند الشافعي رحمه الله لا يسقط بناء على ان النفقة
عنده تستحق استحقاق المعاوضات على ما ذكرنا وعندنا تستحق استحقاق الصلات و

الصلاة

والصلاة يسقط بالموت قبل القبض ولان سبب قيام الزوج عليها ونفرغها
لمصالحه وقد زال ذلك قبل الاستيفا فيسقط كما اذا زال العيب عن المبيع قبل الرد
وكذا لو طلقها يسقط ما اجتمع عليه من النفقة هكذا قاله القاضي الامام ابو علي الحسين
بن الخضر النسفي رحمه الله وكان يقول وجدنا الرواية في كتاب الطلاق وشبهه
بالجزية ووجه التشبيه ان الذمي انما يوجد منه خراج راسه لاصراره على الدين
الباطل وقد زال ذلك بالموت او الاسلام والمراة ايضا انما تستحق النفقة
بالوصلة التي كانت بينهما وقد انقطعت بالطلاق هذا اذا فرض القاضي ولم
يامرها بالاستدانة اما اذا امرها بالاستدانة على الزوج فاستدانت ثم مات
احدهما لا يبطل ذلك هكذا ذكره الحاكم الشهيد رحمه الله في المختصر وذكر
الخصاف رحمه الله انه يبطل ايضا والاصح ما ذكر في المختصر لان استدانتها بامر
القاضي وللقاضي ولاية عليهما بمنزلة استدانة الزوج بنفسه ولو استدان بنفسه
لا يسقط ذلك الدين بالموت كذا هنا وكذا في الطلاق يجب ان يكون هكذا قال الحاكم
رحمه الله وفائدة الامر بالاستدانة الرجوع بعد الموت فانه بدونه لا يرجع ولو كانت استعجلت
النفقة ثم ماتت قبل تلك مضي المدة او مات هو لم يكن للزوج ان يسترد من تركتها شيا
ولا ان يرجع عليها او ورثته في قول ابي حنيفة وابي يوسف لما قلنا انها صلة من وجه وحق
الاسترداد في الصلاة يبطل بالموت كالرجوع في الهبة وقال محمد رحمه الله يرفع عنها حصة
ما مضى ويسترد ما وراء ذلك ان كان قايما وقيمته ان كان مستهلكا لانها اخذت ذلك
من ماله لمقصود ولم يحصل ذلك المقصود فكان له ان يسترد كما لو عجل لها النفقة
ليتزوجها فماتت قبل ان يتزوجها وروى ابن رستم عن محمد رحمه الله انها ان قبضت
نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشي وكذا ان قبضت لاكثر ثم مات احدهما قبل
مضي المدة والباقي من المدة شهر او دونه وان كان اكثر من ذلك ترك لها مقدار نفقة شهر

ولبس ... ن لان النفقه ... مسر فصار لنفقه الحال ولانه
... نفقه شهر افشهر اعاده ففي مقدار ... شهر هي مستوفيه حقها وفيما زاد على ذلك
مستعجله ولو فرض لذي رحم محرم نفقه فانفق من ماله لم يرجع على ما ذكرنا رجل تحته امه
قد بواها فاخذها المولى للخدمة بطلت النفقه فان طلقها بعد الاخراج فلا نفقه لها
وله ان يعيدها الى منزله وقد ذكرنا في الباب المتقدم رجل تحته مكاتبه فلها النفقه
بواها او لم يبوها لان التسليم في المكاتبه لا يتعلق بالتبويه لان منافعها على حكم ملكها لصيرورتها
احق بنفسها ومنافعها بعقد الكتابه ولهذا ليس للمولى ولا به استخدامها فكانت
كالحره ولو ولدت منه فنفقه الولد عليها والمدبره وام الولد بمنزله القنه ولو اعتق
ام ولده فلا نفقه لها في العده لان استحقاق النفقه كان لها بملك اليمين والعتق مناف
للملك وما عليها من العده نظير العده من نكاح فاسد او وطي بشبهه الا ترى انها لا تختلف
بالحياه والوفاه ٥ والله اعلم باب

الجاريه والغلام يقام عليهما البينه فيوضعان على يد عدل والنفقه في ذلك
اصل الباب ان الشهاده القايمه على عتق الامه تقبل بغير دعوى والشهاده القايمه
على عتق العبد لا تقبل بغير دعوى عند ابي حنيفه رحمه الله وعندهما تقبل لان هذه
شهاده قامت على حق الله تعالى فتقبل من غير دعوى كما في عتق الامه وطلاق المراة
وبيان الوصف انها قامت على الاعتاق وهو حق الله تعالى لانه سبب العتق والعتق
حق الله تعالى بدليل نص والمعنى اما النص فقوله عليه السلام ثلثه انا خصمهم يوم القيامه
ومن كنت خصمه خصمته وذكر في جملتها من باع حرا واكل ثمنه ولو كان حق العبد
لكان هو الخصم فيه كساير حقوقه دون الرسول عليه السلام او يجوز بيعه برضاه والمعنى
فيه انه قوه حكميه اثر في اهليه العبادات نحو الجمع والاعياد والحج والزكاه واهليه
القضا والشهاده وهذه العبادات حق الله تعالى فالاهليه التي يترتب عليها هذه

العبادات ويتوصل ... ...
بريد برده وحقوق العباد بخلافه ... المناقض صحه الدعوى ولو د...
لمنع كما في ساير الحقوق ولابي حنيفه رحمه الله ان هذه شهاده قامت على حق العبد فلا يقبل
من غير دعوته كما في ساير الحقوق وبيانه ان العتق قوه حكميه تظهر اثره في المالكيه والولايه
ودفع استيلا الغير وولايه استيلايه على الغير وكل ذلك حقه فيكون العتق حقه والثاني
ان الرق انما ضرب عليه عقوبه له لانه لما استنكف ان يكون عبد الله فالله تعالى ضرب
عليه الرق وجعله عبد العبد جزا على استنكافه وانما كان ضرب الرق عقوبه له
ان لو كان الفايت به حقه وان اشتمل على حق الله تعالى على ما ذكرتم لكن الرجحان
لحق العبد اما بالوضع او الملازمه فان اللفظ ينبي عن ثبوت العتق الا ان سقوط الملك
من ضروراته وملازمه القوه التي يظهر اثرها في حقوق العبد ولم يوضع لاهليه العباده
ولا يلازمها ايضا بدليل اعتاق الصبي والمجنون والكافر لكن قد يتعلق به حق الشرع
ومقصود التصرف والموضوع لاجله بالانفكاك وعدم الانفكاك فكل حكم ينفك عن السبب
من غير مانع لم يكن السبب موضوعا له وما لا ينفك عنه يكون موضوعا له واذا كان حق
العبد لا تقبل الشهاده بغير دعوى كما في ساير الحقوق وهذا لان الشهاده لا تنفك
عن احتمال الكذب لكن سقوط اعتباره لحاجه الناس واحيا الحقوق وامارة
ذلك دعوى صاحب الحق واما الحديث فلا حجه فيه لانه ذكر في جملتها من استاجر
اجيرا واستوفى عمله ولم يوفه اجره مع ان الاجر حق العبد ولا يستوفى الا بطلبه
الا انه جعل نفسه خصما لانه خصم عن الضعفا كالامام في الدنيا وانما يتفرد به ولا
يريد برده لانه اسقط ملكه ومتى سقط ملكه لا الى احد يعتق ضروره وهذا لما عرف
ان الرق انما ضرب عليه جزا على استنكافه فاذا اسلم فقضيته ان يزول لزوال
العله الا ان الملك في الادمي لا يبقى بدون الرق وملك المسلم معصوم فلو زال الرق

يبطل ملكه فيتوقف على ازالته فاذا اعتق وجد منه ازاله الملك فيعتق بالسبب السابق
واما عتق الامه فلانه سبب لحرمه الفرج وهو من هذه الجهه حق الشرع لم يثبت في حق
العتق ضروره ان السبب هنا العتق بحكم الحال لا بحكم الوضع ولهذا ينفك الاعتاق عن
حرمه الفرج وحرمه الفرج عن الاعتاق وامكن جعل العتق سببا من حيث انه سبب الحرمه و
لهذا قلنا لو ادعت وشهد اسابها الانسان لانه صار مقصودا من حيث انه حقها فلم يمكن
جعله تبعا للحرمه ولهذا قال ابو حنيفه رحمه الله الشهاده على عتق احدى الامتين
لا تقبل من غير دعوى لانه لا يتضمن تحريم الفرج ولانها متهمه في عدم الدعوى او الانكار فلا
يلتفت الى انكارها واما التناقض قلنا في حرمه الاصل لا حاجه الى الدعوى لانها
لا ينفك عن حرمه الفرج من جهه الامهات فكان بمنزله الشهاده على عتق الامه حتى لو انفك
عن ذلك يكون الدعوى شرطا ولان في حرمه الاصل والعارض مبنى الامر على الخفا لان
المولى ينفرد بالاعتاق من غير علم العبد فصار التناقض فيه عفوا كما في دعوى الملاعن
بسبب الولد وكالمختلعه اذا اقامت البينه على الطلقات الثلاث وكما لو ولدت الجاريه في ملكه ثم
باعها ثم ادعى [illegible] بسبب الولد وحرف اخر ان نفقه المملوك تجب على المولى بسبب الملك فكل من كان
مملوك الرقبه والمنافع يستوجب النفقه على المولى ومن كان مملوك الرقبه دون المنافع كالمكاتب
لا يستوجب ثم المملوك ان كان قادرا على الكسب يكتسب وينفق على نفسه او يواجره المولى وينفق
عليه من الاجر وان كان صغيرا او مريضا في العبد والامه يجبر المولى على الانفاق عليهما
او بيعهما وفي المدبر وام الولد يجبر على الانفاق لا غير بخلاف نفقه امراه الصغير حيث يجب على الزوج
على ما ذكرنا اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل في يده امه شهد شاهدان على حرمتها وادعت
ذلك او انكرت قبلت البينه لانها قامت على حرمه الفرج فيقبل لحق الله تعالى كما في الطلاق
والزنى فاذا قبلت ولم يظهر التزكيه تضعها على يدي امراه ثقه وان كان المولى عدلا لانه يعتقد
الحل فلا يمتنع عن وطئها فيجوز بيعها بالاخراج من يده فرق بين هذا وبين الطلاق فان ثمه يحول

بينهما بسبب لعينه بينهما الا بالاخراج والفرق من وجهين احدهما ان اخراجها في الطلاق حرام
سواء كانت البينه صدقه او كذبه تحل اخراجها الا انها حره تغير عليه وان كانت كذبه لا يحول
بالاخراج لانه ابلغ في الحيلوله فاذا امكن اثبات الحيلوله بالاخراج من غير ارتكاب الحرام بيقين
كان اولى ان هذا الوجه في الفرق غير سديد فان المراه اذا كانت غير مدخول بها وهي في بيت الزوج
لم يحل بها والمسله بحالها لا يوضع على يد عدل وان لم يكن عليها عده ولا يحرم اخراجها لو كانوا
صدقه والوجه الثاني وهو الصحيح ان وضع الحره في يد العدل لا يفيد لانه لا يثبت للحر على
الحره يد الا بالنكاح ولا نكاح فاذا لم يفد لا يوضع اما اذا كانت البينه كذبه فوضع الامه في يد
العدل مفيد لانه يثبت للحر على الامه يد بدون النكاح فيفيد الوضع نظره ما ذكر في الزيادات
اذا غصب مدبرا فابق من يده وضمن قيمته ثم عاد من الاباق الى يد الغاصب يرده على مولاه ويرجع
عليه بما اخذ منه وليس له ان يحبسه لاسترداد الضمان ولو كان مكانه عبدا واخذ القيمه
بقول الغاصب ثم عاد من الاباق كان للمولى ان ياخذ العبد وللغاصب ان يحبسه لاسترداد
الضمان لان حق الحبس لا يثبت الا في محل ومحله ما هو محل الثبوت ملك اليد ولهذا يصح رهنه
فكذلك هنا فاذا وضعت على يد العدل وطلبت النفقه قال محمد رحمه الله في الاصل نفرض
نفقتها على الذي كانت في يده لان نفقتها كانت واجبه عليه بالملك قبل اقامه البينه
فان كانت البينه صدقه سقط نفقتها عنه وان كانت كذبه لا تسقط وان صارت
ممنوعه عن المولى لان نفقه المملوك انما تجب بالملك والملك باق في هذه الحاله فوقع
الشك في السقوط فلا تسقط بالشك ولا تقدر نفقتها بمده بخلاف الطلاق لانا اسقطنا
بسقوط النفقه بعد مضي مده العده على تقدير النكاح والطلاق وهنا لا تسقط ثم قول
محمد رحمه الله نفرض لها النفقه اي تقدر لا الفرض حقيقه لان نفقه المملوك لا تصير دينا
على المولى فيما مضى بالقضا لان المملوك لا يستوجب على مالكه دينا فكان المراد ان القاضي
تقدر لها بقيمه ويجبره على ادائها فالفرض هو التقدير قال الله تعالى فنصف ما فرضتم اي قدرتم

فان ... على مولاها لا يرجع المولى عليها بما انفق وفي المنكوحة اذا
كانت ... فرض القاضي النفقة ... على الزوج يرجع عليها لان في المسئلتين جميعا
يبين ان كل واحدة منهما مملوكة ومنكوحة منعتا عن الزوج والمولى لا بمعنى من جهتهما الا ان
منع المنكوحة عن الزوج يسقط النفقة لما مر ومنع المملوكة لا ولانه لا فايدة في ايجاب الضمان
لان المولى لا يستوجب دينا بخلاف المنكوحة وان لم تكن البينة رجع عليها المولى بالنفقة
ان اخذت بفرض القاضي او اكلت في بيته بغير اذنه بخلاف الطلاق والفرقان لا استحقاق
هنا بالملك وثبت انه لا ملك لانه انما تقضي حرمتها من الوقت الذي شهد به الشهود فتبين
انها اخذت بغير حق وثمة الاستحقاق بالاحتباس لحق الزوج وثبت انها محبوسة لحق
الزوج في العدة ولو اكلت من مال المولى باذنه واباحته لا يرجع عليها لانه متبرع وسوى
فيما ذكرنا ان شهدوا على حريتها الاصل او على اعتاقه ولو لم تقم البينة على حريتها لكن المولى
لم ينفق عليها فرافعته الى القاضي وطلبت النفقة واخبر القاضي على نفقتها او كانت
تاكل من بيته بغير اذنه او اباحته ثم قامت بينة انها حرة فهو على ما ذكرنا اما الحر على الاعتاق
فلان بيعها واجب عليه بالملك فصار ظالما بمنع حقها والقاضي نصب لدفع الظلم فيقول
له انفق عليها او بعها فرق بين هذا وبين الزوج اذا عجز عن الانفاق او ابى مع القدرة لا يجبر
القاضي على التفريق وعند الشافعي رحمه الله يفرق بطلبها لقوله تعالى فامساك بمعروف
او تسريح باحسان والمعروف في الامساك ان يوفيها حقها من المهر والنفقة والوطى
فاذا عجز تعين التسريح وهو المعنى في المسئلة فان المستحق عليه احد شيئين فاذا تعذر احدهما
تعين الاخر كما في الجب والعنة بل اولى لان حاجتها الى النفقة اظهر من حاجتها الى قضاء
الشهوة لكن لما تعين التفريق لايصالها الى حقها من جهة غيره فرق القاضي بينهما فكذلك
هنا تعين التصديق لايصالها الى النفقة من جهة غيره وبه فارق المهر والنفقة المجتمعة
لان التفريق ليس بطريق لايصالها الى ذلك من جهة غيره فاما نفقة الوقت يصل اليها

بعد

بعد التفريق من جهة زوج اخر دل عليه
عليه بسبب الملك واذا تعذر عليه تجبر على ازالة الملك بالبيع واستدل بما
روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كتبا الى امراء الاجناد ان مروا من قبلكم
ان ينفقوا نفقة اهاليكم او يطلقوهن وقيل لسعيد بن المسيب رحمه الله ايفرق
بين العاجز عن النفقة وامراته فقال نعم فقيل له انه سنة فقال نعم والسنة اذا
اطلقت تعم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وحجتنا قوله تعالى وان كان
ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فهذا تنصيص على انه المعسر ان ينظر ولو اجله
لم يكن لها ان تطالبه بالفرقة فلذلك لها استحق النظرة شرعا لان المستحق
بالنص النظرة فلا يلحق به ما يكون ابطالا لان في ذلك فوق المنصوص وفي
حق المملوك يكون ابطالا لانه لا سبب للمملوك على مالكه دين وفي حق الزوجة يكون
تاخيرا لا ابطالا لانه شي لانه غير عاجز عن معروف يليق بحاله وهو الالتزام في
الذمة فان المعروف في النفقة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وعلى المعدم
قدره وهو الالتزام في الذمة مع ان التسريح طلاق وعنده المستحق هنا الفسخ
بسبب العجز حتى لو فرق لم يكن طلاقا وبه يحتج عن حديث عمر وعلي رضي الله
عنهما مع انهم ما كانوا عاجزين عن المهر والنفقة فان نفقة عيال من كان من الجند
من مال بيت المال والامام هو الذي يوصل ذلك اليهم ولكنهما خافا عليهن الفتنة
لطول غيبة ازواجهن فامرا ايهم ان ينفقوا اليهن ما يطيب به قلوبهن والمعنى فيه
ان النفقة مال فالعجز عنه لا يوجب التفريق كالمهر والنفقات المجتمعة بل اولى
لان ذلك دين مستقر ونفقة الوقت لم يستقر دينا بعد وهذا لان المقصود بالنكاح ح
غير المال وكان المال فيه زايدا والعجز عن التبع لا يكون سببا لرفع الاصل وكما
انها بالفرقة لا تتوصل الى مهرها الذي على الزوج الاول وانما تتوصل الى مثله
من جهة الغير فكذلك النفقة وبه فارق الجب والعنة فان هناك يتحقق فوات
ما هو المقصود مع ان عندنا هناك لا ينفسخ العقد بل يفرق بينهما بطريق التسريح
بالاحسان حتى يكون طلاقا الا ان الظلم المتعلق عنها وهذا السر في معنى ذلك
من وجوه احدها ان هناك قد انسد عليها باب تحصيل ذلك المقصود بدون التفريق

بينهما وهنا لم يشهد بأن نفقه فنتفق والثاني أن هناك الزوج يمسكها
من غير حاجة له اليها فيما هو المقصود فكان ظالما وهنا يمسكها مع حاجته اليها
فيما هو المقصود فلا يكون ظالما والثالث أن هناك في ترك التفريق إبطال حقها لأن
وطء الجماع لا يصير دينا على الزوج بمضي المدة فلو فرقنا كان فيه إبطال ملك
الزوج فاستويا في ضرر الإبطال وفي جانبها رجحان بصدق حاجتها وهنا في
ترك التفريق تأخير حقها لأن النفقة تصير دينا على الزوج وضرر التأخير دون
ضرر الإبطال وبه يفرق بينه وبين العبد بالضرر هناك ضرر الإبطال لأن النفقة
لا تصير دينا للمملوك على المالك فكان في الترك إبطال حقه بغير بدل وفي البيع
إبطال ملك المولى ببدل فكان ضرر المولى أهون حتى أن في الموضع الذي يكون
إبطالا بغير بدل لا يفعل ذلك وهو أنه لو عجز عن نفقة أم ولده لم يعتقها القاضي
عليه وكذا في المدبر امرأة فرض لها القاضي النفقة ثم أخذت من مال الزوج شيئا
وأنفقت على نفسها ثم ظهر أنها أخته من الرضاع وفرق بينهما فإنه يرجع عليها
بما أخذت لأنه تبين أنها قبضت قبضا باطلا فكانت قابضة بغير حق أمة
في يد رجل ادعى رجل أنها أمته وأقام البينة فإنها توضع على يد عدل حتى يظهر
عدالة الشهود ويؤمر الذي كانت في يده بالإنفاق عليها لأن الملك له ظاهر
على ما مر وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي في باب ما يضع القاضي
على يدي عدل أن القاضي إنما يضعها على يدي عدل إذا سأل المدعي ذلك
أما بدون طلبه لا يضع فإن وضع وأنفق والبينة فإن لم تزك البينة لم يرجع المولى
بما أنفق على أحد وإن زكيت لم يكن له أن يرجع على المدعي ولا على الجارية شيء في
قياس قول أبي حنيفة وعلى قولهما يرجع بذلك على الجارية فتباع في النفقة إلا
أن يفديها المدعي أما لا يرجع على المدعي لأنه أنفق على جارية بغير أمره أما الخلاف
في الرجوع على الجارية عنده لا يرجع وعندهما يرجع فيقال للمدعي إما أن تباع
عليك الجارية أو تفديها بالدين بمنزلة العبد المحجور إذا استهلك مال إنسان
فإن باعها أو فدى يرجع على الذي كانت في يده على الأول من قيمتها ومن نفقتها
لأنه في الأول مضطر وفي الثاني مختار لأنه كان يتخلص بالأول وهو نظر العبد

المغصوب إذا جنى في يد الغاصب فإنه يخير المالك بين الدفع والفداء وأيهما
اختار رجع على الغاصب بأقلهما وهذا الاختلاف بناء على أن البينة متى زكيت
وقضي بها للمدعي ظهر أن المدعى عليه كان غاصبا في حال ما أنفق عليها لأنها في
يد العدل ويد العدل يد المدعى عليه لأن يد العدل في الرهن يد المرتهن ولهذا لو
هلك في يد العدل يضمن المدعى عليه قيمته كما إذا هلك المرهون في يد العدل
يصير المرتهن مستوفيا دينه فيصير كأنها استهلكت شيئا من مال الغاصب ومن
أصل أبي حنيفة رحمه الله أن جناية المغصوب على الغاصب وماله هدر كجناية
المملوك على مالكه إذا كان في يده البتة أشار في الأصل فقال لأنها في ضمانه ومن
أصلهما أن جناية المغصوب على الغاصب معتبرة كجنايته على الأجنبي والحاصل
أن عند أبي حنيفة رحمه الله الغاصب ملحق بالمالك في حق المغصوب حتى لا تعتبر
جنايته عليه والمالك ملحق بالأجنبي حتى تعتبر جنايته عليه حتى لو قتل مولاه
أو عبدا له وقيمة المقتول أكثر من قيمته ثم رده الغاصب على المولى فالغاصب
ضامن قيمة العبد المغصوب وعندهما الغاصب بمنزلة الأجنبي في حق جنايته
عليه وجنايته على مولاه هدر حتى إذا رد الغاصب العبد بعد الجناية عليه
لا يضمن شيئا وأجمعوا أن العبد لو قتل نفسه في يد الغاصب ضمن الغاصب قيمته
لهما أن الملك للمالك والنفقة والجناية عليه إلا أنه هو المخاطب بالدفع أو
الفداء فما دام حكم الجناية يرجع إليه يستحيل أن يجب عليه دفع إلى نفسه إلا
أنه يرجع بالأقل لأنه إنما لحقه الضمان بسبب كان عنده وقد قبض فارغا ودفع
مشغولا كما ذكرنا بخلاف ما إذا قتل العبد نفسه لأن العبد صار مضمونا عليه
بالغصب فلا يتخلص عن ضمانه إلا برد عينه أو قيمته إذا عجز عن تسليم عينه
وإذا كان قائما وقد رده فقد رد العين على مالكه فبرئ عن ضمانه وتوجب جنايته
على مالكه فلا يؤاخذ بشيء ولأبي حنيفة رضي الله عنه لو حصل من عين كان
قرار الضمان عليه فإذا حصل عليه كيف يجب على غيره وهذا لأن الضمان في
الحاصل عليه إلا أنه لا يقدر على دفع العبد بالجناية لأنه ملك المولى ولكن
دفع العبد إلى مالكه فدفع إليه ويضمن قيمته كما في المدبر إذا جنى جناية فعلى

المولى قيمته لانه لا يقدر على دفنه كالمسلم اذا استهلك خمر الذمي فعليه قيمتها
لانه لا يقدر على دفع المثل فتحول الضمان الى القيمة فكذلك هنا عبد في يد
رجل ادعاه اخر واقام بينة لم يؤخذ من يده لان الوضع على يد العدل في الامة
انما كان لصيانة حق الله تعالى في الفرج ولم يوجد هذا المعنى هنا لكن ياخذ القاضي
منه كفيلا بنفسه وبالعبد ووكيلا بالخصومة اما اخذ الكفيل بنفسه
لان القاضي لا يمكنه القضا على الغائب فلو لم ياخذ منه كفيلا ربما يغيب
فلا يمكنه القضا فيفوت حق المدعي واما ياخذ بنفس العبد لان حضرة
العبد شرط لصحة الشهادة والقضا فلو لم ياخذ ربما يغيبه واما ياخذ وكيلا
حتى اذا غاب المدعى عليه ولم يقدر الكفيل على احضاره يقضي على
الوكيل ويجوز ان يكون الوكيل والكفيل واحدا لحصول المقصود وهذا
اذا طابت نفس المدعى عليه بالتوكيل فاما اذا ابى لا يجبر عليه لانا
نظرنا للمدعي باخذ الكفيل منه فننظر للمدعى عليه بعدم الجبر على التوكيل
اذ الناس يتفاوتون في الخصومة ولعل يتضرر المدعى عليه بخصومة الوكيل
وهذا كما يجبر المدعى عليه في باب الدعوى بعد اقامة البينة قبل التزكية على
اعطا الكفيل بالنفس نظرا للمدعي ولا يجبر على اعطا الكفيل بالمال نظرا
للمدعى عليه ولو ان المدعى عليه وكل وكيلا بالخصومة ان رضي المدعي جاز
وان لم يرض لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز فان لم يجد المدعى
عليه كفيلا يقول القاضي للمدعي الزم المدعى عليه والعبد حتى لا يغيب
هو ولا يغيب العبد فان كان المدعي لا يقدر على ملازمته وكان المدعى عليه
ممن يخاف عليه ان يغيبه من الاباق والتضييع يجيئه فيضعه القاضي على يدي
عدل احتياطا لحق المدعي وكذا لو كان المدعى عليه مخوفا على ما في يده فاسقا
معروفا فراى القاضي ان يضعه على يد عدل ويامره بالعمل والنفقة
على نفسه فلا باس بذلك لما اذا كان فاسقا معروفا بالفجور بالغلمان
صيانة لحق الله تعالى وهذا لا يختص بحالة الدعوى واقامة البينة بل في
كل موضع كان صاحب الغلام معروفا بالفجور مع الغلمان فالقاضي يخرجه

من يده ويضعه على يدي عدل بطريق الامر بالمعروف والنهي عن المنكر
وان لم يكن كذلك لكن كان معروفا بالتعنيف فلصيانة حق المدعي لكن اذا وضعه
على يد عدل وطلب العبد النفقة من القاضي فالقاضي لا يامره بالنفقة
لكن يامره بالكسب فياكل من كسب نفسه اذا كان قادرا كما قبل الوضع
على يد عدل بخلاف الامة لانها عاجزة من الكسب لضعف بنيتها حتى لو
كانت معروفة بالكسب بان كانت خبازة او غسالة يؤمر بالكسب ايضا
هكذا قاله الفقيه ابو بكر البلخي والفقيه ابو اسحق الحافظ رحمهما الله فان
كان العبد مريضا او صغيرا لا يقدر على الكسب اجبر الذي كان في يده على
الانفاق عليه كما قلنا في الامة وذكر في كتاب العتاق ان العبد اذا ادعى
العتاق واقام البينة يحال بينه وبين العبد الى ان يزكى الشهود لان استرقاق
الاحرار امر منعظم شرعا ثم ذكر محمد رحمه الله في الكتاب ياخذ القاضي منه كفيلا
ووكيلا ولم يذكر طلب المدعي وذكر في الزيادات وانما ياخذ الكفيل بطلبه
لان حقوق العباد لا يستوفى الا بطلبهم

باب

من الرقيق والبهائم يدعي اصل الباب ان القاضي انما يقضي بنفقة يجبر
عليها لان القضا للالزام ونفقة الرقيق يجبر عليها فيقضي بها ونفقة ما عداه
من الدابة والنخل والزرع يجب ديانة وتقوى لما في تركه تضييع المال وتعذيب
الحيوان وهو منهي عنه فيؤمر به ديانة ويفتى على طريق الحسبة والامر بالمعروف
وعند ابي يوسف رحمه الله يجبر لانه ظلم فيسعى الى تركه وقد نهى النبي عليه السلام
عن اضاعة المال وقد تحقق سببه وهو الملك كما في الرقيق وانا نقول الجبر على
الانفاق نوع قضا منه والقضا يفتقر الى شرائط القضا وهو المقضي له والمقضي
عليه والطلب لانه انما يدخل الحق تحت القضا بالطلب ولهذا لو علم بالدين والمماطلة
من المديون ليس له ان يجبره على قضا الدين الا بطلب رب الدين وقد وجد
هذه الشرائط في الرقيق لانه وجد منه الطلب وهو مقضي له والمولى مقضي عليه
والمولى يصلح مقضيا عليه والرقيق يصلح مقضيا له لانه من اهل ان يستحق
حقوقا على مولاه وعلى غيره في الجملة الا ترى ان بالكتابة يستحق حقوقا على مولاه

وان كان مملوكا فاما عن الرقيق ليس من اهل الطلب والاستحقاق فلم يصلح
مقضيا له فانعدم شرائط القضاء فانعدم القضا وهذا لان الادمي له ذمة يصلح
ان يكون مستحقا بسبب الذمة لان الاستحقاق له كالاستحقاق عليه ثم الاستحقاق
عليه يكون باعتبار الذمة فكذا الاستحقاق له اما البهائم ليست لها ذمة الاستحقاق
فليس للقاضي ان يقضي بغير خصومة وليس البهيمة من اهل الخصومة والثاني وهو
ان في ترك الانفاق على المملوك اتلاف ملكه والمولى ممنوع عن اتلاف الرقيق وان كان له
فيه غرض بان اراد دفع اذاه عن نفسه وعن الناس بالقتل ومنع من قتله اشد المنع
فكان ممنوعا عن ترك الانفاق وان كان له فيه غرض فيجبر عليه اما المولى
غير ممنوع عن اتلاف الدابة اذا كان له فيه غرض الا ترى ان يذبحها فينتفع بها
او يحلها فلا يمنع من اتلافه بترك الانفاق عليه لان فيه نفعا وغرضا وهو ان يزول
قدر النفقة عن ملكه وهو محتاج اليه غنى الا ترى ليس من يذبح دابته او يحرق
داره او متاعه لا يمنع من ذلك وان كان سفها في ذلك لكن يقال له على سبيل
الوعظ لا تضيع مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اضاعة المال فكان
اضاعة المال بترك الانفاق كالاضاعة بالاسراف وغيره من وجوه الاتلاف بل
هذا مقابل بالنفع وهو بقا النفقة في ملكه اقصى ما في الباب انه يرتكب الحرام
لكن ليس كل ما هو ارتكاب الحرام داخل تحت ولاية الجبر للقاضي اذا عرفنا هذا
قال محمد رحمه الله رجل في يده دابة او ثوب او غير ذلك فادعى رجل انه ملكه
واقام البينة وسال من القاضي ان يضعه على يد عدل حتى يزكي الشهود لا يجيبه
القاضي الى ذلك لان الانتزاع من يده والوضع على يد العدل انما كان لما احتاط
لامر الفرج بحق الشرع واما صيانة عن التعيب لحق المدعي اذا كان المدعى عليه ممن يخاف
عليه فاذا كان ممن لا يخاف عليه انعدم المعنيان فلا يضع لكن يضم الذي هو في
يده واحد منه كفيلا بنفسه وبذلك الشي وهو تفسير التصحيح ويجعل الكفيل بنفسه
وكيلا بالخصومة يريد به ان طالب نفس المدعى عليه على ما ذكرنا في الباب المتقدم ولا
يجبر الذي في يده على النفقة بخلاف الرقيق والفرق ما ذكرنا فان امتنع عن اعطا
الكفيل يجبره القاضي على ذلك ليس تفسير الجبر الحبس لان الحبس نهاية العقوبة

في الخصومات المالية فلا يحبس قبل ظهور الحق ولكن تفسير الملازمة
وكذا ان لم يكن له كفيل يامر المدعي بملازمته وليس تفسير الملازمة المنع
من الذهاب لانه حبس لكن يذهب المدعي مع المدعى عليه ويدور معه
اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب داره واراد الدخول يستاذنه
المدعي في الدخول فان اذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم
ياذن له يجلسه على باب داره ويمنعه من الدخول كيلا يختفي وان كان
المدعى عليه امراة لا يحفظها بنفسه لكن يستاجر امراة معه حتى يحفظها
وقيل هذا قولهما اما على قول ابي حنيفة يلازمها بنفسه بعدمها (?) ولا
يخلو بها بناء على مسالة التوكيل بغير رضا الخصم فيلازمه كذلك حتى
يعطي كفيلا او يزكي البينة وكما يلازم المدعى عليه يلازم المدعا حتى لا يغيبه
فان كان الذي في يده محقوقا وابى ان يعطيه كفيلا والمدعي لا يطيق
ملازمته وطلب من القاضي ان يضعه على يد عدل وراى القاضي ان
يضعه يقول القاضي للمدعي انا لا اجبر المدعى عليه على الانفاق لكن ان
شئت وضعنا على يد عدل او كانت النفقة عليك ولا ترجع بشي على
المدعى عليه من النفقة زكيت البينة او لم تزك فان رضي بذلك وضعه
على يد عدل وان لم يرض لا يلازمه ان القضا بالنفقة غير ممكن لما قلنا
بقي الوضع لصيانة حق المدعي فيكون وباله عليه وهذا لان المقصود من
الوضع صيانة حق المدعي ليتوصل به متى زكيت البينة وهذا المقصود
يفوت بالوضع اذا لم ينفق لانه اذا لم يجبر احد على الانفاق تتلف الدابة
فلا يحصل ما هو المقصود للمدعي بالوضع وهو الوصول الى عين الدابة
بخلاف الرقيق ولم يذكر هنا الجبر على الانفاق على الدابة المشتركة وذكر
في النفقات دابة بين رجلين امتنع احدهما من الانفاق عليها وطلب
الاخر من القاضي ان يامره بالنفقة حتى لا يصير متطوعا فالقاضي يقول
للابي اما ان تبيع نصيبك او تنفق عليها هكذا ذكر الخصاف رحمه الله وفرق
بينها اذا كانت كلها له وبين هذا والفرق ان الدابة اذا كانت كلها له فليس

فليس في ترك الانفاق اتلاف ملك الغير بل فيه اتلاف ملك نفسه وملكه
ليس من اهل الاستحقاق اما في المشتركة في ترك الانفاق اتلاف ملك
الغير وصاحبه من اهل الاستحقاق فجاز الجبر وذكر شمس الائمة السرخسي
رحمه الله في كتاب المزارعة في باب العذر في المزارعة انه لا يجبر على الانفاق
ايضا في الدابة والزرع المشترك وقال كل نفقة يجري الجبر عليها اذا
امتنع احد الشريكين من الانفاق وانفق الاخر بامر القاضي او بامر الابي فالمنفق
يرجع بنصف النفقة على الابي بالغا ما بلغ سوا انفق نصف الابي سالما
او هلك بعد النفقة او لا يبقى كالعبد الصغير اذا كان بين اثنين ولم يقدر
احدهما على الانفاق فانفق الاخر بامر القاضي او بامر صاحبه رجع المنفق على
صاحبه بحصته مما انفق بكل حال وكل نفقة لا يجبر عليها صاحبه كما في الدابة
المشتركة والزرع المشترك اذا انفق احدهما بامر القاضي لم يرجع المنفق
على شريكه فيما زاد على قيمة نصيبه ولا يرجع بشي بعد هلاك الدابة او
الزرع لانه لم يوجد منه الالتزام بما شرع بسببه وانما يلزمه القاضي ذلك
على سبيل النظر له ومعنى النظر انما يتحقق اذا لم يزد الالتزام على
قدر قيمته من الغلة او الدابة على وجه يبقى بقاؤه ولا يطالبه بشي بعد
هلاكه فلا يعتبر امر القاضي الا في هذا القدر بخلاف العبد لانه كان مجبرا
على النفقة كان امر القاضي لشريكه بالانفاق كامره لان القاضي نائب
عنه كانفا ما كان مستحقا عليه ودفع الظلم فيرجع عليه بحصته عليه بالغا
ما بلغ اما في الزرع والدابة فالنفقة غير مستحقة عليه وانما يامره القاضي
صيانة لماله عليه بطراوة وفيما لا يجري الجبر اذا انفق احدهما بامر صاحبه
رجع على صاحبه بجميع حصته من النفقة بعد هلاك الدابة او هلكت
لان له ولاية الالتزام على نفسه مطلقا والله اعلم ٥ ٥ ٥

كتاب القضاء باب

ما يكون الرجل فيه خصما وما لا يكون ٥ اصل الباب ما ذكرنا عن من ان
القضا على الغائب وللغائب لا يجوز الا اذا كان عنه خصم حاضر اما

قصدا بالتوكيل او حكما بان كان ما يدعي على الحاضر سببا لا محالة الحكم
به على الحاضر الا بالحكم على الغائب وما يدعي على الغائب سببا لثبوت ما
يدعي على الحاضر وصفا والا فان ينتصب خصما في اثبات سبب الحق
كما ينتصب خصما في اثبات الحق لانه يحتاج الى اثبات سبب الحق كما يحتاج
الى اثبات الحق والمنكر لسبب الحق خصم في انكار ذلك السبب لان المنكر
يحتاج الى دفع ذلك السبب كما ان المدعي يحتاج الى اثبات ذلك السبب لاثبات
الحق ثم دعوى المدعي صحيحة في اثبات ذلك السبب لاثبات الحق فلذلك
انكار المنكر صحيح ايضا ضرورة دفع الحق وحرف اخر ان المقتضي يثبت في
ضمان المقتضي ضرورة صحة المقتضي لكن يثبت سابقا على المقتضي لان
المقتضي لا يثبت ما لم يسبق عليه المقتضى كما في قوله اعتق عبدك عني
على الف درهم ٥ وحرف اخر ان الاقرار يرتد برد الشرع كما يرتد برد
المقر له ولا يعمل به بعدما اتصل به الرد من جهة الشرع كما قلنا في البيع اذا
استحق من يد المشتري فانه يرجع بالثمن على البائع ولم يصر مقرا عند المشتري
بالملك للبائع لكن لما صار اقراره مردودا شرعا بالاستحقاق بطل اقراره
وصار كانه لم يقر اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل قال لاخر
هب لفلان الف درهم من مالك على اني ضامن لها ففعل صح ويعود من المامور
على الامر لان قوله هب لفلان امر يصحح القول بمقتضاه ما امكن وقد امكن
بتقديم ملك الامر وجعل المامور نائبا عن الامر في الهبة كانه قال ملك هذا
المال لي ثم كن وكيلا بالهبة من فلان ولو صرح بهذا وامتثل المامور صح وصار
تفسير قوله هب لفلان الف درهم من مالك اي مالك الذي كان لك قبله
وصار لي الان فكانت الاضافة اليه باعتبار ما قد كان وصار المامور
مقرضا للمال من الامر ووكيلا عن الامر في الهبة وبات قبض الموهوب له
عن قبض الامر والحكم القرض لان القرض لا يتم الا بالقبض ثم عن قبضه
بحكم الهبة الا ترى انه لو امر رجلا ان يطعم عنه عن الكفارة فاطعم جاز ويصير
المسكين نائبا عنه في القبض فيصير قابضا له اولا ثم يصير قابضا لنفسه ويصير

الاقرار يرتد برد الشرع

الى امور مفوضاً الامر يستقرض ... انما ادرجنا الغرض دون الهبة وان كان المكرهبت ما الهبة كما ببثت بالقرض لوجهين احدهما انه لو قال على ان ضامن هذه ... لا يقتص الا بعوض يوجب تقديم العوض يصححا الطلبة كما قدمنا ... له اعتق عبدك عني على الف لطلب الاعتاق بعوض والثاني ... لا يمكن يجعل قوله على اني ضامن كفالة عن الموهوب له لان قبض الهبة ليس بقبض ... ان لم يكن الموهوب مضمونا على الموهوب له والكفالة بما ليس بمضمون على المكفول عنه باطلة الا ترى انه لا تصح الكفالة بالوديعة والعارية وساير الامانات ولهذا لو دفع الى صبي محجور عشرة دراهم وقال انفقها على نفسك ففعل ان ... وضمن للدافع عن الصبي بهذه العشرة لا يجوز لانه ضمن بما ليس بمضمون على الاصيل ولو قال اولا ادفع اليه عشرة على اني ضامن لك عنه بهذه العشرة يجوز ويصير الضامن مستقرضا العشرة من الدافع وامرا بالدفع الى الصبي ويصير قبض الصبي عن قبضه بخلاف ما لو قال هب لفلان الف درهم من مالك ولم يقل على اني ضامن فوهب له حيث لم يرجع المامور على الامر الا ان يكون الامر هو المامور حتى كان حق الرجوع له دون الامر لانه لم يقل على اني ضامن حتى يدل على الاستقراض ولم يقل عني ليدل على الاستيهاب وكان هذا امر له بالهبة من ماله لفلان وهذا بخلاف ما لو قال اقض ما لفلان على فقضاه حيث يرجع عليه وان لم يقل على اني ضامن ولم يقل عني لان الامر امره ان يشتري ما في ذمته له بما يعطيه من ماله وكان هذا توكيلا اياه بالشرى اذا اشترى يرجع بالثمن عليه وان لم ينص عليه وكذا لو امره ان ينقد عنه الف درهم فلانا فنقدها رجع بها على الامر لان هذا الامر استقراض من المامور فانه لا يتصور نقده عنه الا بعد ان يصير المنقود ملكا له ولا يصير ملكا له الا بالاقراض منه وكانه استقرض منه الف درهم ووكل صاحب دينه بان يقبض له ذلك اولا ثم لنفسه ولانه امره ان يملكه ما في ذمته لما قلنا وكذا لو قال اقض فلانا الف درهم له على او ادفع اليه الذي له على او اعطه الذي له على او اعطه عني الف درهم او اوفه ماله ... بهذا كله اقرار من الامر بالمال لفلان اما القول عني او بقوله

دفع الى صبي محجور عشرة وقال انفقها على نفسك ففي ... وضمنه لا يجوز لانه ضمن بما ليس بمضمون على الاصيل

اقضه فان القضا لا يكون الا بعد الوجوب او بقوله على انه كلمة ايجاب او بقوله اوفه عني فان الايفا يكون بعد الوجوب ولو قال انقد عني الف درهم على اني ضامن لها او على اني كفيل بها او على انها لك على او الي او قبلي فهو سواء ولو انقدها اياه رجع بها على الامر لانه صرح بالتزام ضمان المنقود له او اتى بلفظ يدل عليه وسوى ان نقد الدراهم او نقد بها مائة دينار او باعه بها شيئا لان بالبيع يجب الثمن للبايع على المشتري ثم يصير قصاصا بالدراهم التي وجبت له عليه كما امر فكان هذا وما لو دفع اليه دراهم في الحكم سواء الا ترى ان الطالب يصير مستوفيا حقه بهذا الطريق لو احلف ليستوفين ماله عليك فلا انفارقك فان ادعى المامور انه فعل وانكر الامر واقام المامور البينة على ذلك والموهوب له غائب قبلت بينته ويقضى على الامر بالمال وان قامت البينة على الغائب لانما ادعى على الغائب سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر وضعا لانه يدعي على الحاضر الالف بسبب القرض الذي يثبت مقتضى الهبة عنه وكانت الهبة التي يثبت القرض مقتضاه سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر وضعا فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وصار انكار الحاضر كانكار الغائب فقد قامت البينة على الغائب وعنه خصم حاضر فيصير الغائب مقضيا عليه بالهبة حتى لو عاد الغائب وانكر الهبة لا يلتفت الى انكاره ولذلك الصدقة حتى لو قال لاخر تصدق عني على عشر مساكين لكل مسكين درهم على اني ضامن لك فاقام المامور البينة انه قد فعل ذلك وجحد الامر لزمه ذلك ولا يشترط احضار المساكين الذين تصدق عليهم لما قلنا وانما صح الامر بالدفع الى الفقرا المجهولين لان القابض للصدقة هو الله تعالى وكذا لو قال ادفع الى فلان الف درهم على ان ارجع على رجل قال لاخر لفلان على الف درهم فاقضها اياه عني فيفعل يصير ما قضى دينا للمامور على الامر شرط ضمانا او لم يشترط بخلاف قوله هب عني فلانا الف درهم ولم يقل على اني ضامن والفرق ان المامور بقضا الدين مامور بالاقراض من الامر لان قضا الدين يوجب ... كما نبينه

في ذمة المديون لان الديون تقضى بامثالها بطريق المقاصة والملك يبدل اليس لا العين كانه قال اقرضني الفا ثم كن وكيلي بقضا الدين اما الهبة بملك بغير بدل فلا تقتضي ضمانا ولا اقراضا ولان في ال... ثم نشري له في ذمته فصار كما لو كيل بشري العين بخلاف الهبة وفيه لان الملك للامر انما يثبت في ضمن ملك القابض فيثبت على الوصف الذي يثبت للقابض وفي القضا الملك يثبت للقابض ببدل فكذا له بخلاف الهبة فان قال المامور قضيت وجحد الامر الامر اواقر به ولكنه جحد القضا والقابض غايب فاقام المامور البينة على الامر والقضا قبلت بينته وقضى على الامر بالمال وعلى الغايب بالقبض لان ما يدعيه على الغايب سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر فانتصب خصما عنه حتى لو حضر الغايب وانكر القبض لا يلتفت الى انكاره لانه صار مقضيا عليه بالقبض استشهد محمد رحمه الله للامر بشري الدين بالامر بشري العين فقال لو امر انسانا بان يشتري له عبد غيره ويعقد الثمن فاقام المامور البينة على الشري والنقد قضى بالعبد للامر وبالثمن للمامور على الامر لما ذكرنا ان الحاضر ينتصب خصما عن الغايب ولو وهب رجل لرجل شيا فقال الموهوب له لرجل عوض عني من مالك على اني ضامن له فعوضه عوضا جاز ورجع عليه بمثله ان كان له مثل وبقيمته ان لم يكن له مثل لانه اشتراط الضمان على نفسه تصير مستقرضا منه بعوض له من ملك نفسه والمستقرض مضمون بالمثل ان كان من ذوات الامثال وبالقيمة ان لم يكن من ذوات الامثال وجهالة ما يعوضه لا تمنع صحة الامر لانه في اصل التعويض متصرف في ملك نفسه وتعيينه في ملك نفسه صحيح وانما يرجع عليه بحكم الضمان والجهالة لا تمنع صحة الضمان اذا كان المضمون له والمضمون عنه معلوما والعوض وان كان مجهولا الا ان ذلك لا يمنع صحة الاقراض اذا كان عند الاقراض معينا كما لو كفل عنه بما غصبه فلان او ما يدعيه فلان بخلاف ما لو امره ان يعوضه من مال الامر ولم يسم شيا فدفع اليه شيا عن عوض الموهوب له لان امره بدفعه مجهول

جهالة عن مستدركه الا تقدر الوكيل على تحصيل مقصود الموكل فكانت الوكيل باطلا بمنزلة قوله بع شيا من مالي او اشتر لي شيا الا ان يقول له عوض من مالي ما شئت فحينئذ له ان يعوضه منه ما شا لانه فوض الامر الى رايه على العموم ولو امره ان يعوضه من مال نفسه ولم يشترط الضمان فعوضه لم يرجع على الامر لان التعويض غير مستحق عليه فلا يكون هو مسقطا عنه بهذا العوض ما هو لازم عليه بخلاف المامور بقضا الدين ولو قال ادّ عني مالي لا يرجع عليه الا اذا اشترط الضمان وكذا لو قال اطعم عن كفارة يميني والاصل في جنس هذه المسايل في كل موضع ملك المدفوع اليه المال المدفوع مقابلا بملك المال فالمامور يرجع على الامر وان لم يشترط الضمان وفي كل موضع ملك المدفوع اليه المدفوع غير مقابل بملك المال لا يرجع المامور على الامر الا بشرط الضمان لان الدافع ملك المدفوع او الامر في ضمن التمليك من المدفوع اليه حتى يكون ذلك ادا الزكاة من الامر وتعريضا عنه او كفارة عنه فاذا ملكه المدفوع اليه مقابلا بالملك كان الملك ثابتا للامر ايضا مقابلا بالملك فرجع عليه المامور لان بدل الملك يجب على من له الملك اما اذا ملك المدفوع اليه لا مقابلا بالملك فالامر يملكه ايضا لا مقابلا بالملك فيكون متبرعا فلا يرجع الا بشرط الضمان واذا قال لرجل ادفع الى فلان الف درهم قضا ولم يقل عني او قال اقض فلانا الف درهم ولم يقل على انها لك فدفعها المامور فان كان خليطا للامر رجع بها عليه والخلطة القايمة دليل ظاهر على انه امره بالقضا عنه بمنزلة التصريح وتفسير الخليط هو الذي ياخذ منه ويعطيه ويداينه ويضع عنده المال وجرت العادة ان وكيل الامر ورسوله باسمه فيضع عنه المامور او يقرضه او كان المامور في عيال الامر والامر في عيال المامور كالزوج والزوجة والابن البالغ اذا كان يسكن مع ابيه وهذا لان كل واحد من الخليطين ينوب عن صاحبه في قضا ما عليه ولان ادا ... بنا على الخلطة السابقة وملك الخلطة يثبت له حق الرجوع بما ادى بامر

مطلب مهم كثير الوقوع

والاصل ان كل موضع ملك المدفوع اليه مقابلا بملكه فالمامور يرجع على الامر وفيما ملكه غير مقابل لا يرجع الا بشرط الضمان ومسائله قبيل ... الوكيل بالخصومة

مطلب تفسير الخليط يعني الذين يكون بينه وبينهم الخلطة

كالمودع [...] حق الرجوع عليه بما يؤدي اليه وكذا لو كان شريكا له وان لم
يكن خليطا له ولا شريكا لم يرجع بها عليه في قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول
ابي يوسف الاول رحمهم الله وانما رجوعه على المدفوع اليه وفي قول ابي
يوسف الآخر يرجع على الآمر وان لم يكن خليطا لوجهين احدهما انه امره بالدفع
الى غيره ودفعه يترتب على امره في الفصلين فاذا اعتمد في الاداء امره فلو
لم يرجع صار مغرورا من جهته وانه مدفوع كما في الخليط والثاني انه قال
ادفعها اليه قضاء والقضاء مبني على الوجوب فاذا لم يكن على المامور شيء واجب
للمدفوع اليه لا يعتبر امر الآمر به الا امره بما يقتضي قضاء ما هو واجب على
الآمر فكان اقرارا بوجوب المال عليه من هذا الوجه وهذا وقوله اقض عني
سواء وهما قالا ان قوله اقضه او ادفعه اليه قضاء كلام محتمل يجوز ان يكون
المراد اقضه ماله عليك فيكون هذا منه امرا بالمعروف ويجوز ان يكون المراد
اقضه ماله علي والمحتمل لا يكون حجة فلا يثبت به المال على الآمر للمدفوع اليه
واذا لم يثبت المال عليه لا يكون هذا منه استقراضا والآمر انما يملكه ما في
ذمته وطريق الرجوع احد هذين بخلاف ما لو قال قضاء عني او قضاء لماله علي
لانه زال الاحتمال هنا بصريح الاضافة الى نفسه ولا يجوز ان يعتبر امره بالدفع
الى غيره بامره بالدفع الى نفسه لان قوله ادفع الي لا يثبت له الرجوع بهذا الامر حو٣
بل يقتضيه المال منه وهذا المعنى يوجب ان يكون رجوعه هنا على المدفوع
اليه لانه هو القابض للمال لنفسه دون الآمر ولو كان امر بذلك ابنه او اخاه وليس في
عياله فهذا وامره للاجنبي سواء ولو قال ادفع الى فلان الف درهم ولم يقل
قضاء فان كان خليطا رجع اذا ادى بحكم الخلطة ثم رجع الآمر على القابض
ان لم يكن له على الآمر شيء وان لم يكن خليطا له فلا اشكال على قولهما انه لا يرجع
على الآمر وانما يرجع على القابض واختلفوا على قول ابي يوسف رحمه الله
تعالى فعلى قياس الطريقة الاولى يرجع على الآمر بمنزلة قوله ادفع الي وعلى قياس
الطريقة الثانية يكون رجوعه على القابض لانه ليس في لفظه ما يدل على ان
للقابض شيئا في ذمته واجبا بخلاف قوله ادفعها الى فلان قضاء رجل في يده عبد

اقر انه ليس له وانما هو لفلان الغائب واقام رجل البينة ان فلانا ذلك باعه
العبد ونقده الثمن لا يلتفت الى بينته والخصومة بينهما حتى يحضر الغائب
لانهما تصادقا ان العبد للغير وانه امانة في يده على ما ذكرنا في الدعوى ولو
قال الذي في يده العبد ليس لفلان واقام المشتري بينة على ما ادعى [...]
في يده خصم ويقضى للمشتري بالعبد ويكون قضاء على الغائب لانه لما انكر
ملك الغائب فقد انتصب خصما للمدعي بظاهر يده وما يدعي المدعي على الغائب
من المشتري سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر وضعا وهو الملك فانتصب
الحاضر خصما عن الغائب وصار انكاره كانكار الغائب فيكون القضاء عليه
قضاء على الغائب حتى لو حضر وانكر لا يلتفت الى انكاره ولو لم يكن للمدعي
بينة وصدقه ذو اليد بما ادعى لم يامره القاضي بدفع العبد اليه حتى يحضر الغائب
لان التصديق اقرار على الغير فيبطل بخلاف ما لو ادعى انه وكيل الغائب بقبض
الدين فصدقه المديون وامتنع عن القضاء فانه يجبر على الدفع لان اقرار المديون
لاقى حقه لان الديون تقضى بامثالها ولا ضرر على الغائب في الجبر على التسليم اليه
بخلاف العين وذكر محمد رحمه الله في الامالي انه يصح اقراره بالعبد ايضا ويؤمر
بالدفع اليه كما في الدين لانه اقر بشيء في يده لغيره فيصح كما قلنا في رجل في
يده دار اقر انه اشترى هذه الدار من فلان الغائب فجاء الشفيع فان القاضي
يقضي له عليه بالشفعة فلو حضر الغائب بعد ذلك وانكر البيع فانه يأخذ الدار
كذلك هنا الا ان هذا خلاف ظاهر الرواية فانه ذكر في كتاب الوكالة انه لا يؤمر
بالدفع ويفرق بينهما وقال لو صححنا اقراره وامرناه بالدفع ربما يأخذه ويغيب
فاذا حضر الغائب لا يقدر عليه فيؤدي الى ابطال حقه بخلاف مسألة الشفعة
لان العقار لا يتصور تغييبه ونقله من موضع الى موضع فلا يؤدي الى هذا
نظيره اذا كان في يد رجل وديعة فادعى رجل ان صاحبها وكله بقبضها منه
وصدقه المودع وابى ان يسلمه لا يجبر على التسليم اليه وفي الدين يجبر لما قلنا
رجل في يده عبد قال لآخر ان هذا العبد لفلان فاشتره لي منه بالف درهم
وانقده فجاء المامور وقال فعلت واقام البينة على ما ادعى وقضي بالثمن على الآمر

وبالعهدة لانه مامور بشرى العين والشرى بتوكيله سبب لثبوت الثمن في ذمة الموكل وضعا فينتصب خصما في اثبات الشرى على الغايب ويكون هذا قضا على الغايب على ما ذكرنا ولو لم يقم بينة وصدقه الامر اخذ منه الثمن وسلم العبد اليه فان حضر الغايب وانكر البيع اخذ العبد لان بيان فيما ليس بخصم عليه ورجع الامر على المامور بما اعطاه من الثمن لانه لم يحصل القضا على الغايب فان قيل وجب ان لا يرجع الامر على المامور لان الامر لما صدقه في الشرى فقد اقر انه قضى دينه الا ان البايع ظلم الامر باخذه ومن ظلم ليس له ان يظلم غيره قيل له بدل الامر اقر بالشرى لكن لم يسلم للامر العبد بما يجب للمامور عليه فاذا لم يسلم انتقض الشرى وبطل الاقرار بالشرى الا ترى ان في الاستحقاق المشترى مقر بالملك للبايع ومع بطلان الاستحقاق والقضا ومع هذا يرجع بالثمن كذلك هنا وكذلك المامور بقضا الدين اذا ادعى القضا وصدقه الامر وجا الطالب وانكر القضا ورجع على المديون كان له ان يرجع على المامور لانه صار مكذبا شرعا ولو ان الامر صدقه في القضا ولكن ابى ان يدفع المال اليه مخافة ان يحضر الغايب ويكذبه في القبض يومر بالتسليم لانه اقر بقضا دينه بامره ووجوب الضمان في ذمته وهذا الخوف موهوم فلا يعارض المحقق والله اعلم

باب ما يكون الرجل فيه خصما وما لا يكون من الكفالة والحوالة وغيرهما

اصل الباب ما ذكرنا ان الحاضر ينتصب خصما عن الغايب اذا كان ما يدعى على الغايب سببا لثبوت ما يدعى على الحاضر وان لم يكن سببا لا لان الغايب ما اناب الحاضر فضرورته ما نابه عن الغايب من غير انابته لا يكون الا ضرورة والضرورة انما يتحقق اذا لم يمكن اثبات الحكم على الحاضر الا باثبات ما يدعي على الغايب اما اذا امكن لا ضرورة فلا ينتصب خصما عنه والانسان ينتصب خصما في اثبات سبب الحق على غيره والحكم اذا كان له سببان فانما يقضي القاضي بالسبب الذي يدعيه المدعي لان القضا في حقوق العباد لا يجوز الا بالدعوى فما ادعاه جاز القضا به وما لا فلا الا ترى انه لو ادعى الملك بالشرى لا يجوز له القضا بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك

لكن لما كان المدعا به هو الشرى يكون القضا بغيره باطلا وهذا اذا كان القضا بالبينة اما اذا كان بالاقرار يصح فيما يرجع الى المقر ويكون حجة في حق المقر لا غير وان لم يثبت السبب مطلقا لان الاقرار حجة في حقه بخلاف البينة لانها حجة في حق الناس كافة وحرف اخر ان الكفالة يوجب رجوع الكفيل على الاصل لانها بمنزلة المعاوضة ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله اذا كفل اخذ المتعاوضين بمال لزم صاحبه والكفالة بغير امر لا يوجب الرجوع لانه متبرع محض اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل ادعى على اخر انه ضمن له عن فلان الف درهم له عليه بامره وجحد الكفيل الكفالة فاقام المدعي البينة على ما ادعى فقضى على الكفيل بذلك وكان قضا على الغايب حتى لو حضر وانكر لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج المدعي الى اعادة البينة لان المدعي ادعى على الحاضر دينا بسبب وهو الكفالة بامر المكفول عنه فيتعين هذا السبب ولا يمكن القضا على الحاضر بالدين بسبب الكفالة بامر المكفول عنه الا بعد القضا على الغايب بالامر بالكفالة لان سبب الدين على الكفيل الكفالة بامر فينتصب الحاضر خصما عن الغايب في اثبات الامر ومن ضرورة الامر صيرورة الامر مقرا بالدين فينتصب الحاضر خصما عن الغايب ولان الثابت بالبينة العادلة كالثابت عيانا ولو عاين القاضي الكفالة بامر لم يجز له ان يقضي بالكفالة بغير امر فان قيل وجب ان يقضي على الحاضر بالدين بالكفالة ولا يقضي بالامر لان غرض المدعي اثبات الدين على الكفيل بالكفالة والقضا به ممكن بدون القضا بالامر الا ترى انه لو ادعى عينا في يد رجل انها ملكه واقام البينة وادعى صاحب اليد انها وديعة فلان في يده واقام البينة يقبل منه بينة على الايداع لا على اثبات الملك للغايب لان غرضه دفع الخصومة وانه يحصل بالوصول اليه من يد غيره فيقبل فيما هو الغرض والمطلوب كذلك هنا قيل له المدعي يدعي الدين بالكفالة بامر والشهود شهدوا بذلك لانهم عاينوا ذلك وحكمهما مختلف لان احدهما يوجب الرجوع والاخر لا والقضا بخلاف الدعوى والشهادة غير ممكن فيقضي بالدين بالكفالة بامر حتى يكون القضا موافقا للدعوى والشهادة بخلاف تلك المسالة لان ثمه لا تختلف

الحكم وهو دفع الخصومة بمنزلة إقامة البينة على الوديعة والملك والقضاء بهما
وبين إقامة البينة على الوديعة والقضاء بهما فإن قيل يجب أن لا تسمع الدعوى
والشهادة على الأمر من الغائب حتى لا يحتاج إلى القضاء بسبب الكفالة بأمر
سبب حقه على الكفيل كالكفالة بغير أمر فما داعي هذا السبب إلى السماع لأنه
يدعي حقا قبله كيف وهو مضطر فيه فإنه لا فرق بينهما الكفالة بأمر لا يمكنه
أن يدعي غير ذلك ومتى سمع قضي بالكفالة بأمر ومتى قضى انتصب الحاضر خصما
عن الغائب لما ذكرنا فإن قدم الغائب قبل دفع الكفيل المال أخذ المدعي
أيهما شاء لأن الغائب أصيل والحاضر كفيل وللمكفول له الخيار كما لو كانت الكفالة
بأمره معاينة وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله الكفالة توجب براءة الأصيل كالحوالة
لأنه لا بد من وجوب الدين في ذمة الكفيل ومن ضرورته فراغ ذمة الأصيل عنه لأن
ما ثبت في محل فما بقي في ذلك المحل فرغ منه سائر المحال ضرورة وإذا ثبت في
محل آخر فرغ منه المحل الأول ضرورة استحالة أن يكون الشيء الواحد شاغلا
للمحلين وقد ثبت الدين في ذمة الكفيل فمن ضرورته براءة ذمة الأصيل ولأنه يؤدي
إلى إيجاب عشرين بمقابلة عشرة واحدة وأنه لا يجوز ولكنا نقول الكفالة مشتقة
من الكفيل وهو الضم ومنه قوله تعالى وكفلها زكريا أي ضمها إلى نفسه وقال
عليه السلام أنا وكافل اليتيم كهاتين أي ضام اليتيم إلى نفسه فمعنى تسمية العقد
بالكفالة أنه يوجب ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في حق الموجب لأن اختصاص
العقد باسم اختصاصه بموجب هو معنى ذلك الاسم كاختصاص الصرف باسم كان
الاختصاص بموجب هو معنى ذلك الاسم وهو صرف ما في يد كل واحد منهما إلى يد
صاحبه بالقبض في المجلس والسلم اختص باسم اختصاصه بموجب هو معنى
ذلك الاسم وهو تعجيل أحد البدلين بالقبض في المجلس وتأجيل الآخر فكذلك
هنا لما كان معنى الكفالة الضم يجب أن يكون موجب العقد ضم إحدى الذمتين
إلى الأخرى في حق المطالبة ولو فرغت ذمة الأصيل لا يتحقق الضم وفيه طريقان
أحدهما الضم في المطالبة دون أصل الدين بل أصل الدين في ذمة الأصيل
بحاله والكفيل له يصير مطالبا كالأصيل وكما لا يجوز أن ينفصل المطالبة عن

أصل الدين في حق من له ابتداء حتى يكون المطالبة بالثمن للوكيل بالبيع وأصل
الثمن للموكل يجوز أن ينفصل المطالبة عن أصل الدين في حق من عليه فيتوجه
المطالبة على الكفيل بعقد الكفالة وأصل الدين في ذمة الأصيل ولهذا لكن
ينفصل المطالبة عن أصل الدين سقوطها بالتأجيل فكذا التزاما بالكفالة والمطالبة
مع أصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك العين فكما ينفصل ملك التصرف
عن ملك العين في حق المكاتب وملك اليد عن ملك العين في حق المرتهن فكذلك
يجوز أن ينفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام أصل الدين والثاني أن يضم
ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في ثبوت أصل الدين لأن الكفالة التزام الدين
والتزام المطالبة ينبني على التزام أصل الدين وليس من ضرورة ثبوت الدين
في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لأنه وإن
ثبت الدين في ذمتهما فالاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب
الغاصب فإن كل واحد منهما ضامن للقيمة ولا يكون حق المغصوب منه إلا
في قيمة واحدة لأنه لا يستوفي إلا من أحدهما غير أن هناك اختيار تضمين أحدهما يوجب
براءة الآخر لما فيه من التمليك منه وهنا لا يوجب ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء
لأن مطالبة الكفيل لو أوجب براءة الأصيل ببراءة الكفيل براءة الأصيل خرجت
الكفالة عن الفائدة وهو التوثق بل فيه إبطال الدين أصلا أو مطالبة الأصيل لو
أوجب براءة الكفيل لا ينعقد الكفالة أيضا ولهذا ملك مطالبة كل واحد منهما
فإن أخذ المال من الأصيل برئا وإن أخذ من الكفيل أو كان الكفيل قد أدى
قبل حضور الغائب رجع به على المكفول عنه لأنه قضى دينه بأمره وقال زفر
رحمه الله لا يرجع الكفيل على الأصيل لأنه أقر أنه لا حق له قبل الغائب حين جحد الكفالة
إلا أن الطالب ظلمه فليس له أن يظلم غيره إلا أنا نقول إنه زعم هو كذلك إلا
أن القاضي كذبه حين قضى عليه بالكفالة بأمره فصار مكذبا شرعا فبطل
إقراره كالمشتري إذا أقر أنه اشترى الدار بألف ثم قضى القاضي عليه ببينة
البائع بألفين كان للشفيع أن يأخذها من المشتري بألفين وإن أنكر وصار جاحدا
لا القيمة على الشفيع ولو لم تقم البينة على الكفالة بأمره وإنما أقامها على الكفالة

بألف فقضى على الكفيل ولم يقض على الغائب بشيء حتى لو حضر الغائب لم يكن
للمدعي عليه سبيل إلا بعد إعادة البينة عليه لأن الحاضر إنما ينتصب خصما عن الغائب
إذا كان ما يدعي على الحاضر لا يمكن إثباته إلا بإثبات ما يدعي على الغائب وهنا يمكن
إثبات الدين على الحاضر بالكفالة بغير أمره وذلك ممكن من غير إثبات الدين
على الغائب ألا ترى أن من ادعى على آخر ألفا فأنكر المدعى عليه فقال رجل كفلت
بما ادعيت عليه صحت الكفالة ووجب الدين على الكفيل وإن لم يجب على المكفول
عنه وإذا لم يثبت الأمر فلو أدى الكفيل لا يرجع على الأصيل وهذا لأنه ليس من ضرورة
أداء الكفيل الرجوع على الأصيل كما لو عاينا الكفالة بغير أمره وأمره بالكفالة له
ولم يضف إلى نفسه بأن قال اكفل لفلان ألف درهم فكفل فالمال لازم عليه لمباشرته
سبب الالتزام وهو الكفالة ولا شيء على الآمر لأنه ما أمره بالكفالة عنه وليس من
ضرورة أمره إياه بالكفالة وجوب أصل المال عليه لأن الكفالة من المباشر كما
يجوز بالمال الذي على الآمر لفلان يجوز بالمال الذي على غيره لفلان ويجوز أن
يكون الآمر رسول ذلك الغير المطلوب إليه أو فضوليا أمره بذلك ومع الاحتمال
لا يثبت المال عليه وقد ذكرنا في الباب المتقدم إذا أمر رجلا أن يضمن لرجل ألف
درهم وليس بخليط له فضمن فهي لازمة للكفيل ولا يرجع على الآمر إذا أدى فإن
قال الكفيل إني لم أضمن لك شيئا كان لك على أحد وإنما ضمنت لك ما لم يكن علي ولا
على غيري لا يلتفت إليه ويؤاخذ بالضمان أو بإقراره أو ببينة الطالب عليه بالضمان
والكفيل هو الذي ضيع حقه حين كفل على وجه لا يستطيع الرجوع على أحد وهذا
لأن مطلق العقود التي عقدها محمولة على الصحة وقد باشر الكفيل الكفالة ظاهرا
ووجه صحتها أن يكون ملتزما للطالب بما هو واجب على الأصيل فيصير هو مقرا بذلك
ثم هو بالكلام الثاني يرجع عما أقر فيكون رجوعه باطلا وإقراره وإن لم يكن
حجة على غيره فهو حجة عليه ألا ترى أنه لو قال لفلان على فلان ألف درهم وأنا كفيل به
أو أنا كفيل عنه وأنكر الأصيل ذلك كله فإن المقر يطالب بالمال ولا يرجع به
على أحد ولو كفل رجل عن رجل بألف درهم بأمره ثم غاب الأصيل فادعى الأصيل
الكفيل أن الألف من ثمن خمر فإنه ليس بخصم في ذلك لأنه التزم المطالبة بالكفالة

صحيحة

صحيحة والمال يجب على الكفيل بالتزامه بالكفالة وإن لم يكن واجبا على الأصيل
لما قلنا فلم يكن في دعواه أن المال من ثمن خمر ما يسقط المال عنه فلا يكون خصما
وهو مع هذا مناقض لأن التزامه بالكفالة إقرار منه أن الأصيل مطالب بهذا
المال والمسلم لا يكون مطالبا بثمن الخمر والدعوى لا تسمع مع التناقض حتى لو
أقام البينة على إقرار الطالب بذلك لا تقبل ولو أراد استحلاف الطالب ليس له
ذلك لأن توجه اليمين وقبول البينة ينبني على دعوى صحيحة إلا أن يحضر الطالب
بذلك جميعا وهو مناقض صدقه خصمه في ذلك والتصديق من الخصم صحيح مع
كونه مناقضا والكفيل ليس بخصم عن الغائب في هذه الدعوى لأن أصل سبب
التزام المال جرى بين المطلوب والطالب والكفيل ليس بخصم في ذلك العقد
وهو يدعي معنى في ذلك حتى إذا ثبت ذلك يترتب عليه خروجه من أن يكون
مطالبا ولا يمكن إثبات ذلك بالبينة لأنها تقوم للغائب وهو ليس بخصم فلا
تقبل كالمشتري للجارية إذا ادعى أنها زوجة فلان الغائب ولو أدى الكفيل
المال وغاب الطالب وحضر المكفول عنه فقال المال من ثمن خمر وأقام بينة
لا تقبل على الكفيل ويدفع المال إلى الكفيل لأنه التزم المال بأمره وأدى
فيرجع عليه لما بينا أنه يدعي سببا في تصرف جرى بينه وبين غيره والكفيل ليس
بخصم عن الغائب فيه أو لأنه مناقض فإنه أمره أن يلتزم المطالبة التي هي
متوجهة عليه بجهة الكفالة هذا إذا كانت الكفالة مقيدة بألف ولو ادعى كفالة
مطلقة بأن ادعى على آخر أنه كفل عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسر المال
بل أطلق وأبهم وأقام بينة على ذلك وأن له على الغائب ألف درهم كانت له
قبل الكفالة قضى بها على الكفيل وعلى الأصيل أيضا ورجع بها على الأصيل
الكفيل وسواء ادعى الكفالة بأمره أو بغير أمره ففي الكفالة المطلقة سوى بين
الأمر وعدم الأمر في أن يكون القضاء على الكفيل قضاء على الأصيل وفي الكفالة
المقيدة بالمال العين فرق بين الكفالة بأمره وبين الكفالة بغير أمره والفرق ما
ذكرنا أن الحاضر إنما ينتصب خصما عن الغائب إذا لم يمكن إثبات ما يدعي على الحاضر
إلا بإثبات ما يدعي على الغائب والكفالة إذا كانت مطلقة لا يمكن إثبات ما يدعي

على الحاضر الا باثبات ما يدعى على الغائب سوا ادعى الامر او لم يدع وفي
الكفالة المقيدة يمكن اذا لم يدع الامر ولا يمكن اذا ادعى الامر اما في المقيدة
اذا لم يدع الامر لانه يدعي الالف عليه بسبب الكفالة وقول الكفيل كفلت لك
عن فلان بالالف الذي لك عليه اقرار من الكفيل بوجوب المال عليه وهذا يكفي
لصحة القضا بالدين على الكفيل الا ترى انه لو قال اشهدوا اني قد ضمنت لهذا
بالف درهم التي له على فلان ثم ان الذي عليه الاصل اقام البينة انه كان قد
قضاها قبل ان يضمنها له قال برا الذي عليه الاصل منها ولا يبرا الكفيل
لان ذلك اقرار من الكفيل بالمال ولكنه لو اقام البينة انه قضاها اياه بعد الكفالة
برى منها الكفيل لان الشهادة الاولى حجة للاصيل دون الكفيل لان الكفيل
لما اعترف بوجوب الضمان على الاصيل فقد كذب الشهود فلم يكن حجة في حقه الا
ترى انه لو اقام بنفسه لا يقبل لما قلنا من التناقض اما اذا اقام البينة انه قضاها
بعد الكفالة يكون حجة في حقهما لان الكفيل انما اقر في حال ما كان الوجوب ثابتا
على الاصيل فاذا شهدوا ببراءة ذمة الاصيل برئت ذمة الكفيل واما اذا ادعى
الامر لانه ادعى عليه الدين بالكفالة بامره ولا يمكن اثبات ذلك الا باثبات الامر
ومن ضرورة ثبوت الامر ثبوت الدين اما في الكفالة المطلقة وهو قوله كفلت
لك بكل مال لك عليه لا ن قوله كفلت لك بكل مال لك عليه ليس باقرار من الكفيل
بوجوب شي عليه لانه لم يقر بشي معلوم فصار بمنزلة قوله كفلت لك بكل مال لك
عليه ان كان لك عليه شي فكانت الكفالة معلقة بوجوب المال على الاصيل فما لم
يثبت القضا على الاصيل لا يثبت الوجوب عليه وما لم يثبت الوجوب عليه لا يوجد
شرط صحة الكفالة فلا تثبت الكفالة واذا ثبت انه لا يمكن اثبات الذي على
الكفيل في الكفالة المطلقة ادعى الامر او لم يدع الا باثبات الدين على الاصيل
انتصب الحاضر خصما عن الغائب في حق اثبات الدين على الغائب وهذا لانه اذا
كفل بمال معلوم يمكن القضا عليه بدون القضا على الاصيل لانه معلوم ومعرف
بذاته واذا كفل بمال مجهول لا يصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى
التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال ان كان لك

على فلان مال فمثاله رجل قال عبدي الذي في الدار حر ان كان في
الدار عبد يعتق والا فلا ولو قال سالم عبدي الذي في الدار حر يعتق سوا
كان في الدار او لم يكن لان في الفصل الاول العبد مجهول فاحتاج الى
التعريف بكونه في الدار وفي الفصل الثاني معروف بذاته فلا يحتاج الى
التعريف بكونه في الدار وهذا لما ذكرنا في الايمان ان الوصف في الغائب
المجهول معتبر ويصير شرطا كما في قوله المراة التي تزوجها طالق وفي المعرف
لغو كما في قوله هذه المراة التي اتزوجها طالق وهذه المسالة وهي الكفالة
المطلقة مما يحتال بها في اثبات الدين على الغائب اذا خاف الطالب موت
الشهود او غيبتهم قبل رجوع المطلوب فيواضع مع رجل ويدعي عليه
مثل هذه الكفالة فيقر بالكفالة وينكر وجوب المال على الاصيل او ينكر
الكل فيقيم الطالب البينة على الدين او عليهما فيقبل ويقضى على الكفيل
والاصيل الغائب ثم في الكفالة المطلقة ان ادعى الكفالة بامر وادى الكفيل
المال يرجع بما ادى على الاصيل لانه لما ادعى الكفالة بامر لا يصح القضا
الا بما ادعى على ما ذكرنا وقد قضى دينه بامره فيرجع عليه وان ادعى الكفالة
بغير امر وادى الكفيل لا يرجع الكفيل على الاصيل لانه قضى دينه بغير
امره فكان متبرعا وكذا لو شهدوا على الحوالة فهو بمنزلة ما ذكرنا في الكفالة
ان شهدوا بالحوالة المطلقة يكون قضا على الحاضر والغائب ادعى الامر او لم يدع
وان شهدوا بالحوالة المقيدة ان ادعى الامر يكون قضا على الحاضر والغائب
واذا ادى رجع وان لم يدع الامر يكون قضا على الحاضر خاصة ولا يرجع
اذا ادى والكلام فيه لظهر لان المطلوب وهو المحيل لو كان حاضرا لم يكن للطالب
ان يخاصمه لان الحوالة توجب براءة المحيل فكانت غيبته وحضرته سوا في مطالبة
المحتال عليه وهذا قول علمائنا الثلثة رحمهم الله وعند زفر والقاسم بن
معن رحمهما الله الحوالة عند هو به كالكفالة وله ان يطالبهما لان المقصود بها
التوثق للطالب وذلك في ان يزداد المطالبة لا ان يسقط ما كان له من
المطالبة ولهذا لو كان المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل ولو

برئت ذمته لما عاد لان الساقط لا يحتمل العود ولنا قوله عليه السلام من احيل على ملي فليتبع شرط الملاءة ولو كان الدين على المحيل كما كان لم يكن لاشتراط الملاءة معنى وفائدة وقد ذكرنا ان اختصاص العقد باسم اختصاصه يوجب ذلك الاسم والحوالة مشتقة من النقل والتحويل ومنه الحوالة في الغراس والنقل من موضع الى موضع فكان موجبها نقل الدين والشي اذا انتقل من مكان لا يبقى في ذلك المكان فلا يتحقق الحوالة مع بقاء الدين في ذمة الاصيل اما الكفالة تبنى على الضم وانه لا يتحقق الا مع بقاء الاول ولهذا يقال في العرف لي على فلان الف وفلان كفيل بها ولا يقال لي على فلان الف وفلان حويل بها كما لا يقال لي في موضع كذا خشبة وقد حولتها الى موضع كذا وانما ياخذ المال من المحيل اذا مات مفلسا لانه لم يرض بالحوالة الا بشرط السلامة فاذا لم يسلم يعود الرضى فلا يلزم العقد وغير اللازم قابل للفسخ فاذا انفسخ جعل كان لم يكن كما لو باعه المديون عبدا بدينه برئ عن الدين فان مات العبد قبل التسليم يعود الدين قال محمد رحمه الله ارايت لو احاله المديون على رجل على ان المحيل برئ كان يبرأ المحيل فان قلتم برئ ايضا صح ما قلنا انه يجوز ان يبرأ ثم يعود الدين بموته مفلسا وان قلتم لا يبرأ فهو محال لان الحوالة كانت بهذا الشرط فاذا لم يصح الشرط وجب ان لا يجب المال على المحتال عليه لانه لم يلتزم الا بشرط فراغ ذمة المحيل هذا اذا كانت الخصومة في الحوالة والكفالة بين الطالب والكفيل والمحتال عليه اما اذا كانت بين الكفيل والمكفول عنه بان قال الكفيل للمكفول عنه كفلت عنك لفلان عليك بامرك واديت ولي الرجوع عليك او قال المحتال عليه للمحيل احلت عليك بامرك واديت ولي الرجوع عليك فجحد ان يكون امره بالكفالة او الحوالة او ان يكون لفلان الطالب عليه شي فاقام الكفيل البينة ان لفلان على فلان الف درهم وان فلانا هذا قد امره فضمنها لفلان بامره وانه قد اداها الى فلان فان القاضي يقبل ذلك منه ويقضي له بالمال على المكفول عنه لانه يدعي لنفسه عليه مالا بسبب وهو لا يتوصل الى اثبات ذلك الا باثبات سبب بينه وبين الغائب وهو اداء المال اليه فانتصب الحاضر خصما عن الغائب كمن ادعى عينا

في يدي انسان انه له اشتراه من فلان الغائب واقام البينة فان القاضي يقضي ببينته على هذا الطريق حتى اذا حضر الغائب وجحد ان يكون باعه لم يكلف المدعي اعادة البينة لذلك هنا اذا حضر المكفول له وجحد القبض من الكفيل لم يكلف الكفيل اعادة البينة وهذا لان الاشياء مطلوبة لاحكامها فمن يكون خصما في اثبات الحكم عليه يكون خصما في اثبات سبب الحكم عليه ورجوع الكفيل على الاصيل لا يكون الا بامره اياه بالكفالة وادائه الى الطالب بعد الكفالة فكما يكون المكفول عنه خصما للكفيل في اثبات الامر عليه يكون خصما في اثبات الاداء الى الطالب والقضاء بالبينة على الخصم الحاضر يكون قضاء عليه وعلى الغائب وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله ان الرجل اذا غاب عن امراته واتاها رجل واخبرها ان زوجها قد ابانها ووكله ان يزوجها منه ويضمن المهر ففعلت ذلك ثم حضر الزوج وانكر ان يكون طلقها وان يكون امر هذا الرجل بشي فان القول قوله وليس للمراة على الكفيل شي في قول ابي يوسف رحمه الله لان الطلاق لما لم يثبت كان العقد الثاني باطلا والكفالة المبنية عليه لذلك بمنزلة احد الوارثين اذا اقر بمعروف النسب انه اخوه لم يشاركه في الميراث وعلى قول زفر رحمه الله ترجع هي على الكفيل بالمال لان الكفيل مقر بصحة العقد الثاني ووجوب المال عليه بسبب الكفالة واقراره حجة عليه فلو اقام الكفيل البينة على الزوج بما ادعى من الطلاق وتوكيله اياه بالعقد الثاني والكفالة قبلت بينته وكان لها ان ترجع بالمال على الكفيل ثم يرجع الكفيل على الزوج وان شاءت رجعت على الزوج للمعنى الذي قلنا ان الكفيل لا يتمكن من الرجوع على الزوج الا باثبات هذه الاشياء عليه فصار خصما في اثبات ذلك كله والله اعلم بالصواب

باب الرجل يقول لغيره ما بايعت فلانا او اقرضته او ما ذاب لك عليه فهو علي

اصل الباب ما ذكرنا ان الحاضر متى ينتصب خصما عن الغائب ومتى لا ينتصب وحرف اخر ان من يلزمه اقرار فتقبل البينة عليه ومن لا يلزمه فلا وحرف اخر ان القضاء يثبت مقتصرا الا ان الاصل في الحوادث اضافتها الى

اقرب الاوقات ولا يدرى انه هل كان سببه سابقا ام لا الا اذا
كان الدعوى مع السبب فحينئذ يستند الى وقت السبب وحجة زفر
انه التزم شيئا موصوفا بصفة لا يلزمه الا بوجود ذلك الوصف لان
المضمون لا يعرف الا بالوصف فما لم يوجد الوصف الذي وصف به
الكفالة لا يلزمه شيء لانه غير ما التزم وحجتنا ان الكفالة بالمال مضافا
الى سبب وجوبه يجوز عندهما وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو قول
ابن ابي ليلى رحمه الله لانه التزام المال بالعقد فلا يحتمل الاضافة
كالالتزام بالشرى ولان الاضافة الى وقت في معنى التعليق بالشرط
والتزام المال بالكفالة لا يحتمل التعليق بالشرط كما لو علقه بدخول الدار
او كلام زيد او مجيء المطر يوضحه ان عندكم لو اضاف الكفالة الى موت
المطلوب كان صحيحا ولو اضاف الى موت غيره لا يصح ولا فرق
بين الموتين فان كل واحد منهما كائن غير موجود في الحال ولانه التزام
المال بعقد يعتمد تمام الرضى فمع الجهالة المتفاحشة لا يصح التزامه
بمنزلة الالتزام بسائر المعاوضات وسائر الجهالة المتفاحشة انما هو
جهالة الجنس او القدر او الصفة والجهالة ابلغ من هذا ثم جهالة
المكفول عنه تمنع صحة الكفالة بهذه الصفة بان يقول ما بايعت به احدا
من الناس او ما غصبك احد من الناس فلذلك جهالة المكفول به بل
اولى لان الملتزم بالعقد المكفول به وحجتنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير
وانا به زعيم فهذا المنادي اضاف الالتزام بالكفالة الى سبب وجوب المال
وهو المجيء بصواع الملك وانما نادى باسم يوسف عليه السلم وما اخبر
الله تعالى عن شريعة من قبلنا فهو ثابت في شريعتنا حتى يقوم دليل
النسخ عن ان الشافعي رحمه الله يقول هذا بيان العمالة لمن يأتي به وعند
من اتى عنده يخاطب جماعة وقال من جاء به منكم فله عشرة كان هذا
صحيحا لكنا نقول الاستدلال بزعامة المنادي بقوله وانا به زعيم
ولا حاجة بنا الى معرفة طريق وجوب ذلك المال فان العمالة تجب على من وقع

له العمل فاما الوجوب على الكفيل بسبب الكفالة الا انه يقول
لم يكن هذا كفالة على الحقيقة فان المكفول له مجهول وانه يمنع صحة
الكفالة والمعنى فيه ان التزام المال بالكفالة نظير التزام المال بالاقرار
من حيث انه التزام لا بمقابلة الالتزام على من يلتزم له وجهالة المقر له
لا تمنع صحة الاقرار فكذلك فيما التزمه بالكفالة وجواز الكفالة في
الاصل لحاجة الناس والحاجة ماسة الى اضافة الكفالة الى سبب
وجوب المال ولهذا جوز العلماء رحمهم الله الكفالة بالدرك وهو
مضاف الى سبب الوجوب بالاستحقاق وكذا لو قال كفلت لك بما
اصابك من هذه الشجة التي شجك فلان وهو خطا كان جائزا بلغت
النفس او لم تبلغ وان كان مضافا الى وقت البرء او الموت لان
الوجوب انما يتقرر عنده ويتبين الواجب به ومقدار ما يلزمه مجهول
وكذا مقدار ما يلزمه بالدرك مجهول فنعلم ان مثل هذه الاضافة
والجهالة لا يمنع صحتها وهذا لان الجهالة غير مانعة لعينها بل للافضاء
الى المنازعة الا ترى ان بيع قفيز من صبرة يجوز وان كان مجهولا لعدم
افضائه الى المنازعة وكذا بيع احد العبدين مع اشتراط خيار التعيين
وبان عن كل واحد منهما جاز مع جهالة المبيع وما يلزمه من الثمن لعدم
الافضاء الى المنازعة مع تعيين من له الخيار وهنا لا تفضي الى المنازعة
لان الطالب لا يطالب الكفيل الا بما يثبت له على الاصيل ولا يتمكن
المنازعة بعد ما ثبت له الحق على الاصيل بالحجة او بعد ما قضى القاضي له
به عليه وهذا لان الكفالة مبنية على التوسع الا ترى انه لو قال على مالك
عليه ولم يسم كم هو جاز ولا يجوز ان يمنع صحتها لمعنى الخطر فانه موجود
في كل كفالة اذ لا يدرى ان الطالب يطالب الاصيل او الكفيل والفرق
بين الموتين ان موت المطلوب يجوز ان يكون سببا لتوجه المطالبة بالمال
عليه بان يكون وارثه فلهذا يصح اضافة الكفالة اليه وموت غيره لا يكون
سببا فلا يصح اضافة الكفالة اليه ولان موت المديون سبب لوجوب المال

لانه يحل به الدين اما موقت عنده لا يوجب المال على المديون وكذلك
كلام زيد او دخول دار فانه ليس بسبب لوجوب المال الحال فيتمحض
ذلك تعليقا بالشرط ولا يكون التزاما فاما هنا الاضافة الا التزام
الحال هو سبب لوجوب المال وهو المبايعة والذوب والقضا فيكون
التزاما صحيحا ولهذا قلنا ان تعليق الكفالة بمضي الوقت يجوز لان
بمضي الوقت يجوز ان يكون سببا لوجوب المال بان كان الدين موجلا
الى مضي الوقت اداء عرفا هذا قال محمد رحمه الله رجل قال لآخر
اضمن لفلان عني ما قضى له به علي او ما ذاب له او ما لزمني
ففعل وغاب المكفول عنه فاقام المكفول له بينة ان له على فلان
الفا فليس الكفيل بخصم حتى يحضر الغايب لان ما ادعى ما كفل به لانه
انما كفل بدين موصوف بصفة وهو ما يقضى به له على المكفول عنه بعد
الكفالة او يلزمه باقراره او ببينة قامت عليه ولم يقبل الوكالة عن الغايب
في الخصومة فلا ينتصب خصما عنه لان ما يدعي على الغايب ليس بسبب
ما يدعي على الحاضر واذا لم يصر خصما ولم يثبت له عليه شي لا يثبت على
المكفول عنه شي الا ترى ان الكفيل لو اقر بذلك الدين لا يوخذ منه لانه
لم يكفل به فكيف يقبل البينة عليه بشي لو اقر به لا يوخذ منه بخلاف ما كفل
عن رجل بكل ماله عليه ثم ادعى الطالب على الكفيل ان له على المطلوب
مائة دينار حيث يقبل لانه كفل بكل ماله عليه مما هو مال ثابت على المكفول عنه
الا ونصب الكفيل كفلاته فينتصب خصما وهنا انما كفل بمال موصوف بما لم
يثبت الوصف لا يحقق الكفالة ولان ثمة كفل بماله عليه في الحال وقد ثبت
عليه الدين في الحال وهنا انما كفل بدين في المستانف ولم يثبت ذلك وكذا
هذا في الذوب والملزوم لان الذوب في لسان اهل الكوفة هو القضا ويحقق
الوجوب وكذا لو اقر الكفيل ان له على الغايب الفا او قال علمت ان له على الغايب
الفا لكن لا ادري متى لزمه لم يجبر على الادا لعدم ثبوت الوصف الذي قيد الكفالة
به ولو اقام المكفول له البينة على دين وجب له عليه بعد الكفالة او اقام البينة انه كان له

عليه دين قبل الكفالة وانه قدمه بعد الكفالة الى قاضي الكوفة وهو فلان بن فلان
واقيمت عليه البينة بالف درهم كانت لي عليه قبل الكفالة وقضى بها والغايم على
ذلك بينة على الكفيل الآن يقضي بالمال على الكفيل والمكفول عنه لانه يدعي الوصف
الذي قيد الكفالة به ولا يمكنه اثبات ذلك على الكفيل الا بثبوته على المكفول عنه
فكان الاثبات على الاصل سببا لثبوته على الكفيل فانتصب الكفيل خصما
عن الغايب الا ترى ان الكفيل لو اقر به يصح اقراره ويواخذ به فكذا اذا انكر بخلاف
الاول وفي هذا الكفالة بامره وبغير امره سوا لما بينا في الباب المتقدم الا انها
متى كانت بامره رجع ومتى كانت بغير امره لا يرجع ولو ان المكفول له هو الذي غاب
ووقعت الخصومة بين الكفيل والمكفول عنه فاقام الكفيل بينة على المكفول عنه انه
كفل عنه لفلان بما ذاب له عليك بامرك وقد ذاب وادينت وانكر المكفول عنه جميع
ذلك او اقر بالذوب وانكر الادا يقبل بينته عليه ويقضى له على المكفول عنه
وبعض المكفول حتى لو حضر وانكر لا يلتفت الى انكاره لما بينا واذا قال الرجل
ما ذاب لك على فلان فهو علي ورضي بذلك الطالب فقال المطلوب لك علي
الف درهم وقال الطالب لي عليك الفان وقال الكفيل ما لك عليه شي فالقول
قول المطلوب لان الطالب يدعي عليه الزيادة وهو ينكر ثم ما اقر به المطلوب
يكون لازما على الكفيل لان القاضي يقضي عليه باقراره فيتحقق الذوب في هذا
القدر بقضا القاضي كما يتحقق ان لو قامت البينة فيكون ذلك لازما على الكفيل
فان قيل في هذا الزام المال على الكفيل بقول المطلوب وقوله ليس بحجة عليه
قلنا ليس كذلك بل هذا الحاق المال عليه بكفالته لانه لما قيد الكفالة بالذوب
مع علمه ان الذوب قد يحصل عليه باقراره فقد صار ملتزما ذلك بكفالته ولذلك
لو قال ما اقر لك به فلان من شي فهو علي او ما صار لك عليه فهو علي وهذا
كله استحسان وفي القياس لا يجب على الكفيل شي اذا انكر الوجوب على المطلوب
ما لم يقم البينة بذلك لما ذكرنا ان اقراره حجة في حقه خاصة فالثابت باقراره ثابت
في حقه دون غيره ولهذا لو قال ما لك عليه فهو علي لم يلزم الكفيل شي باقرار المطلوب
لكنا تركنا القياس لتنصيص الكفيل في الكفالة على ما يعرف به المطلوب او على ما يذوب

عليه مطلقا من غير تقييد الذوب شيء بخلاف قوله ما لك عليه لانه كفل بما هو
واجب عليه وقت الكفالة وباقراره بعد ذلك تبين الوجوب عليه لكن لم
يتبين في حق الكفيل انه كان واجبا وقت الكفالة لان الاقرار حجة قاصرة في
حق المقر لكن في حق نفسه جعل انشاء بمنزلة اقرار المريض في حق الصحة بخلاف
ما سبق لانه انما كفل بما يقر به في المستقبل او بما يلزمه في المستقبل وذلك
ثبت باقراره حتى لو قال ما كان لفلان عليك فلان اليوم فهو علي فقال
المطلوب قد اقررت له زمن الف درهم وجحد الكفيل ذلك فلا شيء
على الكفيل لانه كفل بمال سبق الاقرار به من المطلوب على الكفالة ولا يتبين
ذلك باقراره بعد الكفالة في حق الكفيل لانه متهم في ذلك الا ان تقوم البينة
على اقراره بذلك امس فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو قال لك ما
قضى لك به عليه فهو علي ثم اقر المطلوب الكفيل حتى يقضى على المطلوب
باقراره لانه كفل بمال يقضى به مما لم يصر المال مقضيا به على المطلوب
لا يوجد الوصف الذي قيد الكفالة به ولو قال ما اقر لك به من شيء فهو علي
فقامت البينة انه اقر قبل الكفالة بالف درهم لم يلزم الكفيل الا ان
يقر به بعد الكفالة لان هذا اللفظ انما يدخل فيه اقرار يكون منه في المستقبل
لا ما كان في الماضي وما قضى به القاضي على المطلوب بنكوله عن اليمين لم يلزم
الكفيل لانه بدل عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما هو قائم مقام الاقرار لضرورة
قطع الخصومة وذلك في حق الخصمين دون الكفيل فاذا لم يكن بمنزلة الاقرار في حق
الكفيل لا يلزمه شيء رجل قال لاخر اضمن لفلان ما بايعني او اضمن له ما اقرضني او ما
اداني فيفعل وغاب المكفول عنه فاقام المكفول له البينة انه باع فلانا عبدا يسمى كذا
بالف بعد الكفالة ودفعه اليه او انه اقرضه الفا فانه يقضي القاضي على الكفيل والاصيل
جميعا لان الضمان منعقد بصفة وهو البيع والقرض ولا يمكن القضاء على الكفيل الا بالقضاء
على الغائب فانتصب خصما عن الغائب وفي هذه الكفالة بامره وبغير امره
سواء الا ان في الامر يرجع وفي غير الامر لا يرجع على ما ذكرنا ولو غاب المكفول له ووقعت
الخصومة بين الكفيل والمكفول عنه فاقام الكفيل بينة على المكفول عنه ان المكفول له

اداه الفا وانه قضاها عنه وكانت الكفالة بامره والمكفول عنه يجحد
ذلك كله او يقر بالدين ويجحد القاضي القضاء فقضي له يعني للكفيل بالمال على
المكفول عنه وكان قضاء على الغائب بقصد كما ذكرنا غير مرة واذا قال
الرجل بايع فلانا فما بايعته من شيء فهو علي فهو جائز لاضافة الكفالة
الى سبب الوجوب على ما ذكرنا ويستوي ان وقت لذلك وقتا او لم يوقت
عين نوعا من السلعة او لا الا ان في الوقت يراعى وجود المبايعة في ذلك
الوقت حتى اذا قال ان بايعته اليوم فبايعه غدا لا يجب على الكفيل شيء لان
هذا التقييد مفيد في حق الكفيل لكن اذا كرر ما بايعته في اليوم فذلك كله
على الكفيل لان حرف ما يوجب العموم واذا لم يوقت فهو على العمر وما بايعه
مرة بعد مرة فكله على الكفيل ما لم يخرج بنفسه عن الكفالة ويستوي لو بايعه
بالنقود او بغيرها او قال ما بايعته من شيء ونحوه كل ذلك فان قال الطالب
بعته متاعا بالف درهم وقبضه مني فاقر به المطلوب وجحده الكفيل فلا شيء
على الكفيل حتى يقوم البينة انه بايعه بعد الكفالة وروى اسد بن عمرو عن
ابي حنيفة رحمهما الله انه اخذ بالقياس ووجهه ان وجوب المال على الكفيل باسا
ما بايعه بعد الكفالة وذلك لا يثبت في حقه باقرار المطلوب لان قوله حجة عليه
لا على الكفيل ولو انكر المطلوب والكفيل لم يكن على واحد منهما شيء فاذا اقر به
المطلوب لزمه دون الكفيل ~~ولو انكر المطلوب~~ لان الثبوت بحسب الحجة واذا قامت
البينة لزمهما لكنه استحسن فقال الكفيل ضامن لان المطلوب مع الطالب
تصادقا على المبايعة في حال يملكان انشاءها فانهما لو انشا المبايعة لزم الكفيل
ومن اقر بما يملك انشاءه يقبل قوله في حق الغير لانتفاء التهمة بمنزلة الوكيل قبل
العزل اذا اقر بالبيع والمطلق قبل انقضاء العدة والمولي قبل مضي المدة اذا اقر
بالرجعة والفيء وتوضيحه انهما ان كانا صادقين فقد تحقق سبب في حق الكفيل
وان كانا كاذبين فتصادقهما بمنزلة الانشاء الا ترى انه لو كان قال ما لزمه لك
من شيء فانا ضامن به لزمه ما اقر به المكفول عنه بهذا الطريق وعلى هذا لو قال بعه
ما بينك وبين الف درهم وما بايعته من شيء فهو علي الى الف درهم فباعه متاعا بخمس

مائة درهم ثم باعه حنطة بخمسمائة لزمه المال لأن ما باعه بعد ذلك شيئا لا يلزمه
لأنه ما كفل إلا بمقدار الألف ولو قال إذا بعته شيئا فهو علي لزم الكفيل الأول
دون الثاني لأن إذا لا تقتضي التعميم ولا التكرار فإنما تتناول مرة واحدة بخلاف
ما لو قال كلما بعته ولو قال بعه ولم يزد على هذا فباعه لم يلزم الآمر لأنه مشير وليس
بضامن ولو قال متى بعته بيعا فأنا ضامن لثمنه أو إن بعته بيعا فباعه في صفقتين
كل صفقة بخمسمائة لزمه الأول لأن إن للشرط ومتى للوقت بمنزلة إذا وليس فيه ما يقتضي
التكرار ولو قال ما بعته من زطي فهو علي فباعه ثوب يهودي أو حنطة لم يلزمه
شيء لتقيده بالزطي ولو قال ما أقرضته فعلي أو ما بعته فعلي بتقديره ولو قال ما دا
ينته اليوم من شيء فهو علي لزمه القرض وثمن البيع لأن اسم المداينة يتناول
الكل فإنه عبارة عن سبب وجوب الدين الآجل لم الأمر بالكفالة والشهود
جاء باسم المداينة وعم الكل ولو قال من بايع فلانا اليوم بيع فهو علي فباعه
غير واحد لم يلزم الكفيل شيء لأن المكفول له مجهول وأنه يمنع صحة الكفالة بمنزلة
جهالة المقر له لو قال لقوم خاص ما بعتموه أنتم وغيركم فهو علي كان عليه ما
بيع أولئك القوم ولا يلزمه ما باع غيرهم لأن في حقهم المكفول له معلوم فصحت
وفي حق غيرهم مجهول فلا تصح ولكن ضم المجهول إلى المعلوم لا يمنع صحة الكفالة
في حق المعلوم لأنه ملتزم لواحد بالكفالة منفصل عما يلتزم للآخر ولو قال
ما بايعت فلانا من شيء فهو علي فأسلم إليه دراهم في طعام أو باعه شعيرا
نسيئة لزم ذلك الكفيل لأنه قد باعه فإن السلم نوع بيع وهذا قال أبو حنيفة رحمه الله
إذا وكله ببيع ثوب فأسلمه في طعام جاز على الموكل وعندهما لا يجوز لا لأن
السلم غير البيع بل لأن التوكيل بالبيع ينصرف إلى البيع بالنقود ولو جحد الكفيل
والمكفول عنه البيع فأقام البينة على أحدهما يصير الآخر مقضيا عليه على ما ذكرنا
واستشهد محمد رحمه الله في الكتاب بمسائل وأوردها الاحتجاج على بشر
رحمه الله أن القضاء على الغائب يجوز إذا كان متصلا بحق الحاضر وعنده لا يجوز
فقال ألا ترى أنه لو قذف رجلا فادعى المقذوف حد القذف وادعى القاذف
أنه عبد فلان فأقام المقذوف البينة أن فلانا أعتقه قضي بعتقه وبالحد على

القاذف وإن كان المولى غائبا لأن المقذوف لا يمكنه إثبات الحد على الحاضر
إلا بالقضاء بالعتق على الغائب قال في الأصل لو أن قاضيا قال لا أقضي بالعتق
على الغائب حتى يحضر فينبغي أن لا يقضي بالحد أيضا فإن قال لا يقضي بالحد
أيضا كان باطلا لأن في ذلك إبطال حقوق المسلمين ولذلك إذا قال لعربي يا ابن
الزانية حتى صار قاذفا لأمه وأمه ميتة وادعى القاذف أن أمه أمة لفلان
وأقام الابن بينة أن أمه فلانة بنت فلان القرشية حد القاذف وإن كان فيه
قضاء بالنسب على الغائب وكذلك رجل مات وترك ميراثا وأقام رجل البينة
أنه ابن عمه فلان بن فلان الفلاني حتى يجتمعا على أب واحد وأنه وارثه لا
يعلمون له وارثا غيره قضي بالنسب والميراث وإن لم يحضر أبواهم وإن كانوا أحياء
وإن كان فيه قضاء بالنسب على الغائب وكذلك رجل مات فأقام رجل البينة
أن أباه وأمه كانا مملوكين له فأعتقهما ثم ولد لهما هذا الولد وهو مولاه ووارثه
وعصبته لا يعلمون له وارثا غيره قضي بولائه ويدفع الميراث إليه ويقضي بولاء أبيه
وأمه وإخوته المولودين بعد ذلك العتق وإن كان فيه قضاء على الغائب وكذلك عبد
مأذون له عليه دين فقال رجل لصاحب الدين أنا ضامن لما لك عليه إن
أعتقه مولاه وقد كان أخذ صاحب المال العبد مخافة أن يعتقه المولى ولا يقدر
على بيعه فخلى صاحب المال سبيله ثم أقام صاحب المال البينة أن المولى أعتقه وأن
له عليه من المال كذا وكذا والمولى والعبد غائبان فإنه يقضي بالعتق على المولى
وإن كان غائبا ويلزم المولى قيمة العبد لصاحب الدين بالعتق ويضمن الكفيل
المال أيضا لأنه لا يمكنه أن يلزم الكفيل المال إلا بعد إثبات العتق على المولى فإن
حضر المولى وأنكر العتق لا يلتفت إلى إنكاره ويعتق العبد ولا يعاد عليه البينة وقد
ناظر محمد رحمه الله من خالفه وقد كان بعض العلماء رحمهم الله يأبى أن ينصب الحاضر
خصما عن الغائب في هذه المسائل كلها ولا يقضي على الحاضر بشيء ما لم يحضر الغائب
وهو القياس الظاهر إلا أنا نقول إن عامة الخصومات يتصل طرف منها بالغائب
فلو لم يجعل الحاضر خصما لأدى إلى إبطال حقوق الناس والله أعلم الأبواب المتفرقة

باب من الشفعة التي تكون لحق من الهبة

اصل الباب ان الخلاف متى وقع بين المملك والمتملك في جهة الملك والسبب
الذي جرى بينهما كان القول قول المملك مع يمينه وعلى المتملك البينة لانه
استفاد الملك من جهته ولو انكر التمليك اصلا كان القول قوله فاذا اقر
التمليك بالسبب الذي يدعي المتملك كان القول قوله ايضا وهذا فيما بينهما
اما في حق غيرهما القول قول المتملك لان قوله حجة في حقه وحرف الخبر
ان للواهب حق الرجوع في هبته من الاجنبي عندنا وعند الشافعي رحمه الله
لا رجوع له لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب
لولده وفي رواية قال لا يحل فقد نفى الرجوع او حرمه ولا يجوز الاقدام
على ارتكاب الحرام شرعا وقال عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه
وفي رواية كالكلب يعود في قيئه والعود في القيء حرام فكذلك الرجوع
في الهبة والمعنى فيه ان الهبة عقد تمليك مطلقة لا يقتضي الرجوع فيه
كالبيع وهذا لان الرجوع يضاد المقصود بالتمليك والعقد لا ينعقد موجبا
ما يضاد المقصود به وانما يثبت حق الرجوع قبل تمامه كما فيما بين الوالد
والولد باعتبار ان الولد كسبه لعينه فصار كالهبة من عبده قيل في معنى
قوله تعالى ما اغنى عنه ماله وما كسب اي وما ولده وقال عليه السلام ولد
ولده من كسبه او انه بعضه فلا يتم اخراجه عن ملكه بجعله لجزوه وهذا لا يوجد
فيما بين الاجانب فيتم الاخراج وهو معنى قولهم ليس بين الواهب والموهوب
له جزئية فلا يرجع احدهما فيما يهب لصاحبه كالاخوين ولا يبعد ان يختص الوالد
بما لا يشاركه الولد فيه كالتملك بالاستيلاد وحجتنا في ذلك حديث عمر رضي الله عنه
فانه روى ابراهيم رحمه الله انه قال من وهب لذي رحم محرم هبة فقبضها فليس له ان
يرجع فيها وعن عطاء ومجاهد رحمهما الله عن عمر رضي الله عنه قال من وهب هبة لذي
رحم فليس له ان يرجع فيها ومن وهب هبة لغير ذي رحم فله ان يرجع فيها ما لم
يثب منها والمراد بقوله لذي رحم ذي رحم محرم وقد ذكر ذلك في بعض الروايات
عن عمر رضي الله عنه اماما في المسئلتين وعن علي رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الواهب احق بهبته ما لم يثب منها والمراد حق

الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافها
الى المسلم على معنى انها كانت له كالرجل يقول اكلنا خبز فلان
الخباز وان كان بعد اشترائه منه ولانه مد الحكم الى وصول العوض اليه
وذلك في حق الرجوع بعد التسليم وفي قوله تعالى فحيوا باحسن منها او ردوها
ما يدل عليه والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بالتحية السلام والاول
اظهر فان قوله او ردوها يتناول ردها بعينها وانما يتحقق ذلك في
العطية وقال القائل تحيتهم بيض الولائد بينهم اي عطاياهم
وفي حديث ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم من وهب
هبة ثم اراد ان يرجع فيها فليوقف وليعرف قبح فعله وفي رواية قبح
فعله فان ابى رد عليه والمراد قبح فعله في الهبة وقبح فعله في
الرجوع وعن فضالة بن عبيد ان رجلين اختصما اليه فقال احدهما اني وهبت
لهذا بازيا ليثيبني ولم يثبني فانا ارجع فيه فقال فضالة لا يرجع في
الهبة الا النساء والاشرار من الناس اردد وعن ابي الدرداء رضي الله عنه
قال الواهبون ثلثة رجل وهب على وجه الصدقة فليس له ان يرجع فيها
ورجل استوهب فوهب فله ان يرجع فيها ما لم يعوض ورجل وهب
بشرط العوض فهي دين له في حياته وبعد موته والمعنى فيه انه تمكن الخلل
في المقصود من العقد فيتمكن العاقد من الفسخ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا
وبيانه ان المقصود من الهبة للاجانب العوض والمكافاة والمرجع فيه الى
العرف والعادة الظاهرة فان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه
والى من دونه ليخدمه والى من ساواه ليعوضه والدليل ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم في قوله لوفد ثقيف لما اتوه بشيء اصدقة ام هبة فالصدقة
يبتغى بها وجه الله تعالى والهبة يبتغى بها وجه الرسول وقضاء الحاجة ومنه
يقال الهدايا قروض وبهذا تبين ان حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عندنا
بل لتمكن الخلل في المقصود من العقد على معنى ان المعروف كالمشروط
والابدال انما تقصد العوض بالتجارات واما المقصود بالهبة اظهار الجود

والسخا والتودد والتحبب وقد حصل ذلك الا انا نقول العوض في التجارات
مشروط وفي التبرعات مقصود ومعنى اظهار الجود ايضا مقصود فاما
يمكن الخلل في بعض المقصود وذلك يكفي للفسخ مع ان اظهار الجود مقصود
كرم الخلق ولهذا نقول الراجع لا يكون كريم الخلق فاما مقصود طيبة النفس
العوض ومعنى التودد انما يحصل بالعوض كما قال عليه السلام تهادوا تحابوا
فان المفاعل تقتضي وجود الفعل من الجانبين كالمفاعلة واما الحديث
فالمراد به انه لا يستبد بالرجوع من غير رضا ولا قضا الا الوالد اذا احتاج الى
ذلك فيستبد بالاخذ لحاجته وسمى ذلك رجوعا باعتبار الصورة وان لم يكن
رجوعا في الحكم كما روي ان عمر رضي الله عنه حمل رجلا على فرس في سبيل
الله ثم راى ذلك الفرس يباع فاراد ان يشتريه فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك وان الشرى لا يكون رجوعا في الصدقة حكما
او المراد لا يحل الرجوع بطريق الديانة والمروة وهو كقوله عليه السلام لا يحل لرجل
يؤمن بالله واليوم الاخر ان يبيت شبعانا وجاره الى جنبه طاو اي لا يليق
ذلك بالديانة والمروة فان كان جائزا في الحكم اذا لم يكن عليه حق واجب
والمراد من الحديث الاخر التشبيه في معنى الاستقباح والاستقذار الا ترى
انه شبهه بعود الكلب وفعل الكلب لا يوصف بالقبح لا بالحرمة حلالا والهبة
من ذي الرحم والزوجة لان الهبة تمت لذي الرحم المحرم ملكا وعقدا فلا يملك
الرجوع كالاب اذا وهب لابنه وهذا لان المقصود صلة الرحم وقد حصل وفي
الرجوع قطيعة الرحم واليه اشار في قوله تعالى واتقوا الله الذي تساءلون
والارحام اي اتقوا الارحام ان تقطعوها وقال الله تعالى وتقطعوا ارحامكم
اولئك الذين لعنهم الله والمراد الرحم المستبدا بالمحرمية وعن ابن مسعود رضي الله
الرجل والمراة بمنزلة ذي الرحم المحرم وهذا لان ما بينهما من الزوجية بطريق
القرابة القريبة ولهذا يتعلق بها التوارث من الجانبين من غير حجب ويمنع قبول
شهادة احدهما لصاحبه والمقصود حصل بالهبة وهو تحقق ما بينهما من السكن
والازدواج والالفة والمودة وفي الرجوع ايقاع العداوة بينهما والنفرة والزوجية

لمعنى الالفة والمودة فلا يجوز لاحدهما الاقدام على ما يضاده وهذا كان
ما يقع من الرجوع فيما من القرابات والمعنى لما ذكرنا من الكسب فانه لو وهب
لمكاتبه او معتقه لا يرجع ومولى كسبه ايضا وهذا لان الولد كسبه لا ملكه
حلالا وعبد واما الحديث فقد قيل معنى قوله الا الوالد ولا الولد فان
الا بمعنى ولا قال الله تعالى الا الذين ظلموا منهم اي ولا الذين
ظلموا منهم وقال الله تعالى وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الا خطا اي
ولا خطا او المراد الا الوالد فانه يستبد بالاخذ الا ان حق الواهب في الرجوع
لا يمنع الشفيع من الاخذ بالشفعة وان بطل حقه في الرجوع لان حق الشفيع
اقوى من حق الواهب في الرجوع ولهذا بطل حق الواهب بحدوث الزيادة
في الموهوب وبيعه وبموت احدهما ولا يبطل بهذه الاشياء حق الشفيع لكن
هذا اذا كان حق الشفيع متحققا اما اذا كان موهوما مستوفي الواهب حقه
لان الموهوم لا يعارض المتحقق ثم اذا حضر الشفيع يسترده منه كما لو باع المشتري
الدار من غيره غيبة الشفيع ثم حضر اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل في
يده دار يدعي من فلان ويفيد الثمن والدار معروفة انها لفلان وادعى
فلان انه وهبها للمدعي واراد الرجوع فيها فالقول قول الواهب حتى كان له
ان يرجع لانهما اختلفا في سبب الملك الذي جرى بينهما ولو اختلفا في
الملك كان القول قوله فكذا اذا اختلفا في سببه فان قال له اقر بخروج الدار
من ملكه وادعى لنفسه حق الرجوع فلا يقبل قوله كما لو ادعى انه باع بشرط
الخيار والمشتري يدعي بيعا باتا فان القول قول المشتري لذلك ههنا قلنا
ثم اتفقا على البيع واختلفا في زيادة شرط فيه والمشتري ينكر الزيادة وكان
القول قوله اما ههنا انكر البيع اصلا وكان القول قوله انه لم يبع فان لم يقض
القاضي له بالرجوع حتى حضر الشفيع له ان ياخذها بالشفعة ويبطل حق
الواهب في الرجوع لانها في الظاهر ملك المقر له وهو ذو اليد يتوافق المقر
والمقر له والمقر يستفاد تصرفات المقر له وهو ما يثبت حق الشفعة
فيها للشفيع فيستفيد اقراره وصفه مقدم على حق الواجب الا ترى انه لو باع

الدار او وهبها من غيره او اقر بها لغيره يبطل حقه اقصى ما في الباب انه ينكر
حق الشفيع الا انه معترف بنفاذ تصرفه وتسليطه اياه على التصرف وابطال
حقه في الرجوع ولهذا يبطل حقه بالاقرار وان انكر صحة اقراره والحق للواهب
في الثمن اذا اخذها بالشفعة لان حقه مقصور على العين فان سلم الشفيع
الشفعة فللواهب ان يرجع فيها لان المانع من الرجوع حق الشفيع وقد زال
ولو كان الشفيع غائبا وحضر الواهب يريد الرجوع قضي للواهب لان حقه
ثابت وحق الشفيع لم يظهر ما لم يطلب وعسى لا يطلب فلا يمنع القضاء
بحق ثابت لامر موهوم خصوصا فيما لا يتضرر به صاحب الحق الموهوم
فلو قضي بالرجوع ثم حضر الشفيع وطلب نقض الرجوع ويدفع الى الشفيع
ويدفع الى الثمن لمن الموهوب له لانه حين اقر له بالشفعة كان اقراره جائزا لقيام
الملك له وتسليطه من جهة المقر على التمليك الا انه يؤمر بالتسليم الى الواهب لعدم
علمنا بحق الشفيع فاذا طلب استند التصديق الى وقت الاقرار فظهر ان حق الشفيع
كان ثابتا وقت اخذ الواهب الا ترى ان المشتري شراء فاسدا اذا اقر بخروج الدار
عن ملكه بالبيع وكذبه البائع واسترد الدار ثم حضر المقر له فانه ياخذ الدار من يد
البائع وكذا لو ادعى عينا في يد انسان فادعى انها وديعة فلان في يده ثم اقر بها
للمدعي فانه يؤمر بالتسليم الى الغائب ولو سلم الشفيع سلمت للواهب لزوال
المانع من نقض ملكه ولو ادعى ذو اليد انه اشتراها من فلان على ان البائع بالخيار
ثلثة ايام ونقده الثمن وادعى فلان انه وهبها له وحضر الشفيع فانه ياخذها ويبطل
الخيار فان قيل وجب ان لا ياخذها الشفيع لان صاحب اليد مع المدعي
اتفقا على ان لا شفعة للشفيع لان صاحب الدار اقر بالهبة ولا شفعة فيها والمدعي
اقر بالبيع بشرط الخيار للبائع ولا شفعة في هذا البيع قيل له صاحب الدار اقر
بالهبة والتسليم الى الموهوب له وكان مقرا بثبوت الملك للمقر له ونفاذ تصرفاته
واقراره بثبوت الملك له اقرار بعدم الخيار له فيصح اقراره بعدم الخيار له والمقر
له مقر بالشرى وقد سقط الخيار للبائع باقراره بالملك له فيعني اقراره بالشرى
من غير خيار فثبت الشفعة حينئذ باقرار المقر له بالشرى عند سقوط الخيار والله اعلم

باب ما يكون فيه الشفعة وما لا يكون

من المهر وغيره اصل الباب انه من باع او بيع له فلا شفعة له
ومن اشترى او اشتري له فله الشفعة لانا لو اثبتنا من الشفعة في الوجه
الاول يؤدي الى التضاد والمناقضة لانه يؤدي الى ان يوجب ملكا فيما
باع لغيره ويستوجب لنفسه في وقت واحد لان حق الشفعة بانقطاع
حق البائع ومن وقع له البيع يثبت حق الشفعة له فعلو ما انقطاع حقه
وانه محال ويؤدي الى ان يصير مسلما ما باع بحكم البيع ومتسلما بحكم الشفعة
ويصير كونه موجبا ومستوجبا مسلما ومتسلما في وقت واحد ايضا ولانه
لو ثبت له حق الشفعة يمتنع من تسليمها الى المشتري بعد ما التزم ذلك
بالعقد لكون حق الشفيع مقدما فيصير ساعيا في نقض ما تم به وهو الملك
او اليد للمشتري وفي الوجه الثاني لا يؤدي الى التضاد فانه لا يستوجب
الملك بالشرى ويستوجب بالشفعة ايضا وهذا لان الشفعة انما يبطل باظهار
الشفيع الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشرى اظهار الرغبة في
المشترى فلا يكون ابطالا للشفعة اما البيع اظهار الرغبة عنه فيكون ابطالا
ولان البائع يلتزم العهدة بالبيع فلو اخذ بالشفعة كان مبطلا لما التزم من
العهدة والمشتري يلتزم الثمن بالشرى وهو بالاخذ بالشفعة يقرر ما التزم
بالشرى ويعرف ايضا ان الشفعة ثبت لتحصيل ملك اليد كما ثبت لتحصيل
ملك الدار ومن لا يملك الشرى لا يملك الاخذ بالشفعة اذا عرفنا هذا قال
محمد رحمه الله عبد مأذون له عليه دين فلا سبيل لمولاه على شيء مما في يده سواء
كان الدين قليلا او كثيرا حتى يقضي الدين لان المولى مع العبد في كسبه
كالوارث مع المورث الا ان ثمة الورثة قاموا مقامه بحكم القرابة وهنا المولى
يخلفه بحكم الملك ثم الوارث لا يستحق احد شيئا من التركة ما لم يفرغ عن حاجة
الميت فكذا المولى فان كان في يده دار قيمتها الف والدين الف او كانت
قيمة الدار الفين والدين الف وطلب الغرماء القاضي بيع الدار بدينهم
فان القاضي يبيع كل الدار وان كان بعض الدار يفي بحقهم بطريق التبعيض لان

التشقيص في الاعيان عيب واذا باع القاضي الدار والمولى شفيعها كان له
اخذها بالشفعة لان المولى ما باع ولا وقع البيع له لانه ما باع حقيقة ولا امر بامره
ليكون البيع له فيصير هو بائعا حكما بل باع القاضي عليه شيئا اولى ولهذا
لا تكون العهدة على المولى بل على العبد حتى لو استحق من يد المشتري رجع
المشتري بالثمن على العبد لا على المولى ولا شيء للمولى من الثمن ما لم يقض دين
الغرماء فرق بين هذا وبين ما اذا لم يكن على العبد دين حيث لا يكون للمولى شفعة
اذا باع العبد والفرق ان الحجر بعد غير مفيد لانه لا يفيد الملك الرقبة
ولا ملك التصرف ولهذا لو اشترى منه لا يجوز اما هاهنا يفيد ولهذا لو اشترى
منه يجوز فان قيل وجب ان ياخذ نصف الدار بالشفعة دون النصف
لان النصف مشغول بالدين والنصف فارغ ولو كان الكل مشغولا ياخذ الكل
ولو كان الكل فارغا لا ياخذ شيئا فلا يملك اخذ النصف الفارغ كما لا يملك
اخذ الكل قيل له لما استحق النصف استحق النصف الباقي كيلا يتضرر المشتري
بتفريق الصفقة عليه الا ترى انه لو اشترى رجل دارا من جماعة ليس للمشتري
ان ياخذ نصيب احد الباعة دفعا للضرر عن المشتري بتفريق الصفقة عليه بخلاف
ما لو اشترى جماعة من واحد حيث كان له اخذ نصيب احد المشترين لانه لا ضرر
على احد لقيامه مقام من اخذ نصيبه فلا تتفرق الصفقة عليهم ولان استحقاق
الشفعة في بعض الدار يكفي للتقدم واخذ كلها بالشفعة كما في منزل الرجل
في دار والى جنبه في تلك الدار منزل اخر لرجل اخر وحائط المنزلين بينهما
وفي الدار منازل سوى هذين المنزلين وللمنازل كلها طريق في الدار الى
باب الدار الاعظم والدار في درب غير نافذ وفي الدرب دور اخر غير هذه
الدار فباع رب احد المنزلين منزله فالشريك في الحائط احق بالشفعة في جميع المنزل
لان شركته اعم فهو شريك في نفس المبيع لان حصة البائع من الحائط دخل في البيع
وعن زفر رحمه الله انه احق بالشفعة في الحائط خاصة وما سوى ذلك من المنزل هو واهل
الدار سواء وهكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله شركته في موضع معين وليس بشايع
في جميع المبيع فانما يترجح هو بالشركة في ذلك الموضع خاصة الا ترى انه لو جمع في البيع

مهمة التشقيص بالاعيان عيب

مهمة تفريق الصفقة للمشتري

بين نصيبه من دار ودار اخرى كان شريكه في تلك الدار احق بالشفعة في
تلك الدار خاصة دون الاخرى وجه ظاهر الرواية ان الشركة في الحائط اظهر
من الشركة في الطريق واذا تقدم الشريك في الطريق على الجار فالشريك
في الحائط اولى وهذا لان الحائط من مرافق جميع المنزل بخلاف الدارين
المتفرقتين على انه روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لو باع ارضين متفرقتين
في موضعين ولكل واحدة جار على حدة كان لكل شفيع ان ياخذ الارض
بالارفق فان لم يطلب احدهما يقال للطالب اما ان تاخذ الكل او تدع اذا لم
يرض المشتري بتفريق الصفقة دفعا للضرر عنه فان سلم الشريك في الحائط فالشركاء
في الطريق الذي في الدار احق للشركة بينهم في صحن الدار لان نصيب البائع
من الصحن صار مبيعا ولا شركة لاهل الدرب في صحن الدار فان سلموا فالشركاء
في الطريق الذي في الدرب احق لوجود الشركة بينهم في طريق خاص في درب
غير نافذ فان سلموا فالجيران الملازقين للدار التي هذا المنزل فيها شركاء في شفعة
هذا المنزل والملاصق منهم لهذا المنزل والملاصق لاقصى الدار سواء لان ملك
كل واحد منهم متصل بالمبيع لان حصة البائع من صحن الدار داخل في البيع فقيام الاتصال
من طرف طريق واحد يكفي للجوار فلهذا استووا في استحقاق الشفعة فان كان
الغريم شفيعا للدار له ان ياخذها مع المولى لان الغريم ليس ببائع ولا وقع البيع
له ولهذا لا تكون العهدة عليه بل تكون على العبد فلم يكن القاضي بائعا لاجل الغريم
وانما باعه لاجل العبد الا ترى انه لو هلك الثمن على المشتري كان الهلاك على العبد
لا على الغريم فان قيل لو باع القاضي او امينه وقبض الثمن وهلك في يده ثم جاء
مستحق واستحق الدار حتى يثبت للمشتري حق الرجوع بالثمن فانه يرجع على القاضي
او امينه ثم يرجع هو على الغريم دل ان القاضي بائع للغريم قيل له القاضي ما باع
للغريم ثم لان الغريم ليس بمالك للدار والثمن لا يصير ملكا للغريم ايضا حتى لو ابرأ
الغريم المشتري من الثمن لا يجوز وانما لا يصح ابراء العبد لا لان الثمن ليس له بل
لانه ليس من اهل التبرع حتى لو كان المديون حرا وباع القاضي ماله لقضاء الدين
فابرأ المشتري نقول بانه يصح ابراؤه الا ان القاضي في قبض الثمن عامل للغريم لانه

تبعه لتصرفه اليه ومن عمل لغيره عملا ولحقه ضمان كان قرار الضمان
على من عمل له كالمودع والوكيل وهذا لانه لاحق لهم في نفس الدار فلم يكن
البيع واقعا لهم ولو كان القاضي ولي المولى او الغرماء بيع الدار فباعوا
ليس لهم الاخذ بالشفعة لانهم باشروا العقد وحقوق العقد راجعة اليهم
رجل مات وترك دارا قيمتها الفان وعليه الف دين وترك ابنا وقد اوصى
بثلث ماله لرجل فرأى القاضي بيع الدار كلها والوارث والوصي والغرماء
شفعاء فلهم الاخذ بالشفعة اما نفاذ البيع فلان البيع من القاضي بمنزلة القضاء
منه وقد قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه عندهم جميعا واذا صح البيع
يقضي الدين ثم يعطي ثلثي ما بقي للوارث والثلث للموصى له واما الشفعة
فلان البيع لم يكن للوارث والموصى له ولا ما على حقيقة وانما بيع للميت ولهذا لو
لحق القاضي عهدة رجع في التركة الا انه باع النصف للميت لاجل الدين
والنصف الاخر للميت لاجل ان لا ينتقص ثمن الدار لان الاشقاص لا تشترى
بما تشترى الكل وكان البيع واقعا للميت الا ترى انه لا شيء للوارث والموصى له
الا بعد قضاء الدين ولهذا لو هلك بعض الثمن ينتقص حق الوارث والموصى له
لا حق الغريم فصار كالمولى في فصل الاول وكالغريم لان الملك لم يكن له
لما قلنا هذا اذا باع القاضي او امينه اما اذا اوصى الميت الى رجل واراد
الوصي ان يبيعه فللوصي ان يبيع الكل وان كانت الورثة كبارا حضورا عند
ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له ان يبيع الا بقدر الدين
وهو القياس لانه انما يبيع لاجل الدين او لاجل الوصية فلا يجوز بيعه الا بذلك
القدر لعدم الولاية له على الكبار ولابي حنيفة رضي الله عنه ان كل جزء من اجزاء
التركة مشغول بالدين بدليل انه لو هلك البعض وجب قضاء الدين من
الباقي وكان له ان يبيع الكل دفعا للضرر المستحق واذا جاز البيع قضى
الدين واعطى الموصى له ثلث ما بقي والباقي للوارث وحكم الشفعة ما ذكرنا
في بيع القاضي ولو لم يكن في التركة دين وكان في الورثة صغار فرأى القاضي
بيعها فليس للموصى له ولا للورثة شفعة ولا للصغير اذا كبر وطلبها اما نفاذ

البيع فلان البيع من القاضي قضاء منه وقد قضى في فصل مجتهد
فينفذ عندهم اما الشفعة فلانه باع لهم ولهذا تكون العهدة على
الورثة والموصى له ويصح امره ونهيه وهذا لانه باع للصغير بولاية
له عليه في ماله ومتى ثبت الولاية في نصيب الصغير ثبت في نصيب
الكبير والموصى له نظرا لهما ايضا وان اراد الوصي ان يبيعه فهذا
على وجوه ان كانت الورثة كلهم كبارا حضورا ولا دين على الميت
ولا وصية فليس له ان يبيع شيئا لانه لا ولاية له عليهم وان كانوا غيبا
فله ان يبيع العروض الا ان له ولاية الحفظ والتحقيق وبيع العروض
من الحفظ لان حفظ الثمن ايسر من حفظ عينه ولا يرد عليه التوى والتلف
ولا يملك بيع العقار لانها محصنة بنفسها والقياس ان لا يملك بيع
العروض لانه قام مقام الاب والاب لا يملك بيع عروض ابنه الكبير
الغائب وانما جاز استحسانا لان حفظ التركة حق المستحق لو ظهر
عليه دين يقضى منها وهو مامور من جهة الميت وللميت ولاية ما له
بكذا له ولو خيف هلاك العقار او هلاك بناء العقار ذكر الصدر الشهيد
رحمه الله لو قيل يملك لا يبعد لان البيع في هذه الحالة من الحفظ وان كانت
الورثة كلهم صغارا وهم حضورا وغيب فله ان يبيع العروض والعقار
لانه قام مقام الاب وللاب ان يبيع العروض الصغار وعقارهم فكذلك
الوصي وان كان بعضهم صغارا وبعضهم كبارا فعند ابي حنيفة رحمه الله
له ان يبيع العروض والعقار على الصغار والكبار بكل حال وعندهما
ان كانوا حضورا فله ان يبيع نصيب الصغار من العروض والعقار وليس
له ان يبيع نصيب الكبار وان كانوا غيبا او الكبار غيبا فله ان يبيع نصيب
الكبار من العروض وليس له ان يبيع نصيبهم من العقار وهو القياس لانه لا ولاية
له على الكبير فلا يجوز له بيع نصيبهم كما لو كانوا كبارا ولابي حنيفة رحمه الله ان الوصي
مامور بالاصلاح وله حق النظر في حصة الكبار ايضا الا ترى ان له بيع العروض
اذا كانوا غيبا ولو اجر عبيدهم او عقارهم عند غيبتهم يجوز لما فيه من معنى النظر

والحفظ ثم بيع الكل انفع لهم من بيع نصيب الصغير خاصة لان ثمن النصف
عند الانفراد اقل من ثمنه عند الضم ولان هذه ولاية استفيدت من الاب
واستفاد منه اليه ولو لا انه لا يحتمل التجزي واما حكم الشفعة الشفعة للكبير
ولا للصغير لما ذكرنا في بيع القاضي مضارب اشترى بمال المضاربة دارا
ثم باعها ورب المال شفيعها فلا شفعة له لانه بيع له لانه وكيله في البيع
وكان نائبا له بامره الا ترى انه لو لحقه في ذلك عهدة رجع على رب المال
قال محمد رحمه الله وليس في انه لا يملك نهيه عن البيع ما يدل على ابطال حق
الشفعة وان المضارب ليس بوكيل عنه الا ترى ان المسلط على بيع الدار
المرهونة عنده لا يملك الراهن نهيه عن البيع ومع هذا لو باع لا شفعة له
لانه باع ملك الراهن وكذا لو باعها رب المال وهي من المضاربة وفي يد المضارب
دار اخرى من المضاربة وهو شفيعها بها لم يكن له فيها شفعة لانه لو اخذها
اخذها لرب المال فان الاصل في مال المضاربة حق رب المال ورب
المال بائع لا يملك الاخذ بالشفعة فلذلك لا ياخذ غيره له بالشفعة ولو باع
المضارب دارا من غير المضاربة كان لرب المال ان ياخذها بالشفعة بدار
من المضاربة ويكون له خاصة دون المضارب لان المضارب في بيع دار من غير
المضاربة عامل لنفسه لا لرب المال فهو في ذلك كاجنبي اخر وباعتبار
دار المضاربة رب المال جار للدار المبيعة فله ان ياخذها لان الاخذ بالشفعة
بمنزلة الشرى ولو اشتراها كانت له خاصة دون المضاربة ولو باع رب المال
داره خاصة والمضارب شفيعها بدار من المضاربة فان كان فيها ربح فله
ان ياخذها بالشفعة لانه جار باعتبار شركته في الربح وهو في الاخذ لنفسه غير
عامل لرب المال فيكون كاجنبي اخر وان لم يكن فيها ربح لا ياخذها لانه لو
اخذها اخذها للمضاربة وفي مال المضاربة حق رب المال هو الاصل ورب
المال هو البائع فلا يكون لغيره حق الاخذ له وان كان البائع اجنبيا والمضارب
شفيعها بدار من المضاربة وفيها ربح وليس في يده من مال المضاربة غيرها فسلم
المضارب ... ان ياخذها بالشفعة وان سلم رب المال كان للمضارب

ان ياخذها لنفسه لان المضارب لا ياخذها للمضاربة لانه يكون استدانة
على المضاربة ولهذا لا يملك الشرى استدانة فبقي حق كل واحد منهما في الاخذ
لنفسه بحكم الجوار ولو اشترى الاب للصبي دارا وهو شفيعها فله ان ياخذها
بالشفعة لنفسه عندنا وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك وهو بناء على
شرى الاب مال اليتيم لنفسه وان كان مكان الاب وصي لم يملك اخذها
لنفسه بالشفعة لان ذلك بمنزلة الشرى منه والوصي لا يشتري مال اليتيم
لنفسه بمثل القيمة ولو اشترى الاب لنفسه دارا والصبي شفيعها فليس
للصبي اذا بلغ ان ياخذها بالشفعة لان الاب يتمكن من الاخذ فسكوته يكون
مبطلا لشفعة الصبي بخلاف ما اذا باع الاب دارا والصبي شفيعها لان
البائع لا يملك الاخذ بالشفعة والسكوت عن الطلب ممن يملك الاخذ يكون
مبطلا لا ممن لا يملك وعلى قول محمد رحمه الله هو على شفعته لان تسليم الاب
لا يصح عنده ولو كان المشتري وصيا فالصبي على شفعته في قولهم لان
الوصي لا يجوز له ان ياخذ من نفسه بخلاف الاب ولو كان المشتري اشترى الدار
باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه وهو اجنبي والصبي شفيعها فسلم
الاب ذلك من اصحابنا رحمهم الله من قال يصح التسليم هنا عند محمد رحمه الله
وهو قول زفر رحمه الله لما فيه من النظر للصبي والاصح انه لا يصح عندهم
جميعا لانه لا يملك الاخذ لكثرة الثمن وسكوته عن الطلب وتسليمه انما يصح
اذا كان مالكا للاخذ فيبقى الصبي على حقه اذا بلغ وهذا بناء على ما هنا
ان حق الشفعة يثبت للصبي وعلى قول ابن ابي ليلى لا شفعة للصبي لان
وجوبها لدفع ضرر البادي بسوء المجاورة وذلك من الكبار دون الصغير
ولان الصغير في الجوار فهو في معنى المستعير والمستاجر لكنا نقول سبب
الاستحقاق متحقق في حق الصغير وهو الشركة او الجوار من حيث اتصال
ملكه بالمبيع على وجه التاييد فيكون مساويا للكبير في الاستحقاق ثم انما
هو محتاج الى الاخذ لدفع الضرر في الثاني عن نفسه وان لم يكن محتاجا
الى ذلك في الحال وبمثل هذه الحاجة جاز له ...

ثم تقوم بالطلب من قام مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو ابوه ثم وصي
ابيه ثم جده اب ابيه ثم وصي الجد ثم وصي نصبه القاضي فان لم يكن احد
من هولاء فهو على شفعته اذا ادرك لان الحق قد ثبت له ولا يتمكن من
استيفائه قبل الادراك لان الاستيفاء على طلب ملزم ولا يكون طلبه ملزما قبل
الادراك فترك الطلب قبل الادراك لعدم تمكنه من ذلك لا يكون مسقطا
حقه كالبائع اذا ترك الطلب لانه لم يعلم به او كان غائبا والله اعلم ○

باب العتق والتدبير الذي يقع

العتق في احدهم دون التدبير والذي يقع على الاثنين ○ اصل الباب
ان قوله احدكما حر اخبار حقيقة لغة كقوله احدهما رجل او زيد الا انه صار
حقيقته شرعا فاذا اضيف الى محل يمكن العمل بحقيقته لغة يعمل به لان
اصل العمل باللغة واذا اضيف الى محل لا يمكن العمل بحقيقته لغة يعمل
بحقيقته شرعا واذا كان دائرا بين الايجاب والاخبار يحمل على الاخبار
لانه ابقى ما كان على ما كان او لانه عمل بحقيقة الوضع وكان الحمل عليه اولى
ولهذا لو جمع بين عبده وحر وقال احدكما حر لا يعتق العبد حملا لكلامه على
الاخبار وحرف اخر ما ذكرنا في الايمان ان ما يصح تعليقه بالشرط
يصح اضافته الى المنكر لان الاضافة الى المنكر تعليق في المعنى بشرط البيان
ويرجع في البيان الى المجمل لانه اوقف لغرضه على ما في ضميره واذا مات قبل البيان
بموته ينزل الحكم على اعتبار الاحوال ولاحوال الحرمان احوال واحوال الاصابة
حالة واحدة ويحرز احرار التدبير وصية فيعتبر من الثلث كسائر الوصايا
وكذا العتق في المرض لانه تبرع اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل له عبد
ومدبر قيمة كل واحد منهما ثلثمائة درهم لا مال له غيرهما فقال في صحته احدكما
مدبر والاخر حر ثم مات قبل البيان عتق العبد من جميع المال والمدبر مدبر
كما كان يعتق من الثلث لان قوله احدكما مدبر يمكن العمل بحقيقته لغة وهو الخبر لان
احدهما مدبر [illegible] فانصرف قوله احدكما مدبر الى المدبر وقوله والاخر
حر الى العبد [illegible] العبد كله من جميع المال والمدبر من الثلث ويسعى في الثلثين

فان قيل هذا يقتضي ان يعتق القن للحال ومحمد رحمه الله قال اذا مات
المولى قبل ان يبين فالعبد حر ولم يقل يعتق للحال قلنا من المشايخ رحمهم الله
من قال يعتق العبد للحال كما لو نص فقال للمدبر هذا مدبر وللعبد هذا حر
وقال بعضهم لا يعتق للحال لان قوله احدكما مدبر وان انصرف الى المدبر باعتبار
الظاهر لكن يحتمل انه اراد به الانشاء فينصرف الى القن والاخر حر ينصرف
الى المدبر فما دام احتمال البيان قائما لا يعتق العبد فاذا مات المولى زال
الاحتمال من جهته بالبيان وجب العمل بالظاهر بخلاف ما لو نص لانه لا يحتمل
التغيير والقول الاول اصح لان الظاهر صرفه الى القن فيعتق للحال
الا ان محمدا رحمه الله ذكر حريته بعد الموت ولم يذكر الحرية للحال وكانت الحرية
للحال مسكوتا عنه لا ان يكون منفيا ولان قوله احدكما مدبر يحتمل الايقاع
ويحتمل الاخبار فيحمل على الخبر لانه اشبه الايقاع ولا يقع الشك وفي
الخبر يقين فانصرف الكلام اليه فان قيل وجب ان يصرف الى الايقاع
حتى يصح كلامه وينفذ ولا يلغو قلنا لو صرفناه الى الايقاع صار المدبرين
وهذا اخلاء كلامه وهو قوله احدكما مدبر ولم يقل انتما مدبران ولو بدا فقال
احدكما حر والاخر مدبر ومات قبل البيان عتق نصف كل واحد منهما
من جميع المال ونصفه من الثلث ويسعى كل واحد منهما في ثلث قيمته وقيل
هو قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله هذا والاول سواء ومحمد
رحمه الله يقول بانه متى بدا بالتدبير وثنى بالحرية متى جعلنا قوله احدكما مدبر
خبرا لا يبطل حرية ثبتت للمدبر لانه لم يثبت الحرية له فجعلنا قوله احدكما مدبر
خبرا فاما اذا بدا بالحرية وثنى بالتدبير فقوله احدكما حر دائر بين العبد والمدبر
فلو جعلنا قوله احدكما مدبر بعد ذلك خبرا ابطلنا حرية ثابتة للمدبر من وجه
وذلك لا يجوز فجعل انشاء للتدبير فيعتق نصف العبد بالحرية ويصير نصفه
مدبرا ويعتق نصف المدبر بالحرية والنصف نصفه والكلام الثاني حجة في حقه
فيعتق من كل واحد منهما نصفه بالاعتاق في حالة الصحة من جميع المال ويعتق
نصف كل واحد منهما بالتدبير فيسلم لهما الثلث [illegible] مدبرين

يثبت الحرية م

وسبعمان في تلك القيمة كل واحد منهما في تلك القيمة وكان
قوله والآخر مدبر معطوف على الايجاب وكان ايجابا عملا بقضيه
العطف وكان ايجاب حرية منهما وتدبير رقبته منهما ولانه يقتضي تقرير
المعطوف عليه لا تغيير ثم اللفظ الاول يقسم عليهما فكذا الثاني نظير
ما ذكر محمد رحمه الله في الاقرار اذا قال لفلان علي الف درهم الا مائة درهم
وعشرة دنانير فقوله عشرة دنانير استثنا لانه معطوف على الاستثنا وابو
يوسف رحمه الله يقول بان قوله والآخر مدبر يحتمل الخبر بحقيقته لغة شرعا
فلا يجعل انشا بالشك فيقي الخبر فتبين انه اراد بالكلام الاول هو العبد
دون المدبر فيعتق العبد كله ولم يكن فيه ابطال الحرية عن المدبر لانه ظهر ان الايجاب
الاول لم يتناوله كانه قال والآخر مدبر على حاله وهذا لما عرف ان اول الكلام
لا حكم له قبل تمامه ولهذا صح الحاق الاستثنا والشرط قال شيخ الاسلام
علاء الدين السمرقندي رحمه الله قال السيد الامام رحمه الله وما قاله ابو يوسف
رحمه الله اصح لانه اعتبار اصل الكلام ووصفه وما قاله محمد رحمه الله اعتبار
وصف الكلام والغا اصله فان قيل قوله احدكما حر يتناول المنكر منهما فمعنى
الصرف الى العبد بعينه فاذا لم يكن العمل بحقيقة قوله احدكما حر لغة الا بصرف
بعينه ولا يجوز قيل له نعم لكن قوله احدكما حر يجوز ان يتناول المعين الا ترى
ان قوله احدكما في المسالة الاولى يتناول المعين وهو المدبر وكذا لو جمع بين
حي وميت وقال احدكما حر يتناول الحي منهما فعملنا بحقيقة قوله احدكما
حر شرعا وان كان فيه ضرب تغيير بصرفه الى المعين ولان قوله احدكما حر
يتناول المنكر في جميع المواضع لغة وشرعا الا انه البيان وعند ثبت
في المعين ولا نقول احد بانه تغيير الموضوع لغة او ابطال العتق الثابت للآخر
من وجه او ان كان فهو عن مانع الاجماع والبيان كما يكون بالصريح يكون
بالدلالة فعدنا قوله والآخر مدبر بيان العتق في العبد وله هذه الولاية ولا مانع
عنه بالاجماع ولو كان احدكما حر والآخر المدبر عتق العبد من جميع المال والمدبر
من الثلث بالاجماع لان قوله والآخر المدبر تعريف له فوجب صرفه الى المعهود

وهو المدبر المعروف ومتى انصرف اليه تعين العتق للعبد وفرق
بين هذا وبين قوله والآخر مدبر والفرق ان هناك ذكر منكرا فصلح خبرا
وصلح انشا فيجعل خبرا وهنا ذكر معرفا فينصرف الى المعلوم وكانه قال
والآخر هو المدبر وهو الفصل يريد قول ابي يوسف رحمه الله لان الحرية
لو ثبت فيهما بالكلام الاول لا يمكن صرف قوله والآخر مدبر الى المدبر المعروف
لكن قبل قوله والآخر المدبر ظهر ان الحرية لم تثبت في العبد فكذا في قوله
والآخر مدبر رجل قال لمدبرين احدكما حر فخرج احدهما ودخل عبد
فقال احدكما مدبر فالعبد عبد على حاله العتق منه شي لا بالعتق ولا بالتدبير
والمدبر الخارج حر والثابت مدبر على حاله لان قوله اولا احدكما حر انشا
بحقيقته شرعا وانه دائر بين المدبرين فاوجب عتق احدهما فلما جمع في الكلام
الثاني بين المدبر الثابت وبين العبد وقال احدكما مدبر يحتمل بحقيقته
اخبارا لانه امكن تصرفه الى الثابت فخرج المدبر الثابت عن مزاحمة الخارج
في حق العتق فتعين الخارج للعتق ضرورة وقال بعض مشايخنا رحمهم الله
هذا الجواب على قول محمد لا يستقيم لانه في المسالة الاولى لما قال
احدكما حر انقسم العتق بينهما بصفة بالكلام الاول ولا يوقف على
الكلام الثاني لذلك هنا على قياس قوله ينبغي ان يعتق من كل واحد منهما
نصفه بالكلام الاول فاذا قال بعد ذلك احدكما مدبر ينبغي ان يقسم التدبير
عليهما ايضا وهذا القول يحكى عن القاضي ابي حازم رحمه الله وقال بعضهم
هذا الجواب صحيح على قوله وقولهم والفرق ان في تلك المسالة قوله
والآخر مدبر معطوف على قوله احدكما حر والمعطوف عليه انشا بحقيقته
شرعا والمعطوف لما احتمل الانشا بحقيقته شرعا والاخبار بحقيقته لغة
رجحنا معنى الانشا بقضيه العطف ليكون المعطوف والمعطوف عليه
واحدا اما هنا قوله احدكما مدبر ليس بمعطوف بل كلام مبتدأ فاذا احتمل
الانشا والخبر لا يجعل انشا بالشك لكن هذا فرق احترز عنه الذي قال ان
فيه ابطال صريح بانه للمدبر من وجه فان ذلك ثابت هنا لم يجعله اخبارا

حقيقته لغة وفرق اخر وهو ان هنا اسم المدبر لم يزل عن احدهما بالكلام
الاول فيصح ان يحمل على الخبر فاما في المسألة الاولى فلا تعين في تناول المدبر
فلا يمكن ان يحمل على الخبر ولو قال لعبدين احدكما حر فخرج احدهما ودخل
اخر فقال احدكما حر فالاول يسمى خارجا والثاني يسمى ثابتا والثالث يسمى
داخلا وهذه المسألة دوارة في الكتب ذكرها محمد رحمه الله في الجامع الصغير
والعتاق من الاصل والزيادات والجواب ان يقول ما دام حيا يؤمر بالبيان
فان قال عنيت بالكلام الاول الخارج عتق هو ويؤمر بالبيان في الكلام
الثاني لان الكلام الثاني قد صح لانه خرج من العبدين وان قال عنيت
بالكلام الاول الثابت عتق هو وبطل الكلام الثاني لانه في دائرا
بين الحر والعبد فصح خبرا فان بدا ببيان الكلام الثاني وقال عنيت به
الداخل عتق الداخل ويبين الاول في ابهامه وان بين الكلام الثاني
في الثابت عتق هو بالكلام الثاني والخارج بالكلام الاول لان الكلام
الاول كان مرددا بينهما فاذا عتق الثابت بالكلام الثاني زالت مزاحمته في
الكلام الاول فعتق الخارج للتعيين وفيه اشكال وهو اذا بدا ببيان الكلام
الثاني وبين في الداخل فقد بين ان الكلام الثاني صحيح وانما يصح الثاني
اذا لم يعتق الثابت بالكلام الاول فيتعين الخارج ضرورة فوجب ان لا
يخير والجواب يذكر بعد هذا في اثناء الكلام ان شاء الله تعالى وان مات
المولى قبل البيان شاع العتق بينهم على اعتبار الاحوال فيعتق من الخارج
نصفه ومن الثابت ثلثة ارباعه ومن الداخل نصفه عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وعند محمد كذلك الا في الداخل فانه يعتق منه ربعه
اما الخارج لان الكلام الاول اوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فيعتق
من كل واحد منهما نصفه واما الثابت فلانه عتق نصفه بالكلام الاول
والكلام الثاني صحيح ايضا لان الثابت وقت التكلم بالكلام الثاني عبد لانه
معتق والعتق الاول لم يصادف المعين وموجبه رقبة بينه وبين الداخل
فان اراد بالكلام الثاني الداخل عتق كله وان اراد به الثابت عتق نصفه لانه

استحق النصف بالكلام الاول فالنصف الباقي من الثابت يعتق في
حال دون حال فيعتق ربعه ضم هذا الى ما استحق بالكلام الاول فيعتق منه
ثلثة ارباعه واما الداخل قال محمد رحمه الله يعتق ربعه لان الكلام الثاني صحيح
في حال ان اراد بالكلام الاول الخارج غير صحيح في حال ان اراد بالكلام
الاول الثابت لانه يكون جامعا بين الحر والعبد ولو صح مطلقا كان الثابت له
عتق رقبة فاذا صح في حال دون حال يتنصف فيعتق نصف رقبة بينهما
لكل واحد منهما الربع ولهذا كان حظ الثابت منه الربع واحتج محمد رحمه الله
بمسألة الطلاق وصورتها رجل له ثلاث نسوة لم يدخل بهن دخل عليه
ثنتان فقال احديكما طالق فخرجت احديهما ودخلت الاخرى فقال احديكما
طالق ثم مات قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة
اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه وذلك نصف الربع الساقط فثبت ان في مسئلتنا
حظ الداخل الربع دون النصف وهذا لان الربع هنا بمنزلة النصف ثمه لان
نصف المهر يتقرر بالطلاق قبل الدخول فلو سقط النصف انما يسقط
على تقدير وقوع الطلاق وهما يقولان بان الايجاب الثاني صحيح على كل
حال لان الثابت عبد والكلام الاول لم يصادف المعين وكان عبدا فصح
الكلام الثاني موجبا عتق رقبة بينهما لكل واحد منهما النصف وانما
يعتق من الثابت ربعه لانه ان كان هو المراد يعتق نصفه وان كان المراد هو الداخل
لا يعتق منه هذا النصف فيعتق ربعه بخلاف الداخل لانه ان كان هو المراد
يعتق كله وان كان المراد هو الثابت لا يعتق منه شيء فيعتق نصفه او يقول
الكلام الثاني اوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل فيعتق من الثابت نصفه
شائعا نصفه في النصف الذي عتق بالكلام الاول فلا يزداد بذلك ونصفه
وهو الربع في النصف الذي لم يعتق فلهذا اعتق ربعه يضم الى النصف ولان
الكلام الثاني اوجب عتق رقبة في حق الداخل دائرا بينه وبين الثابت لانه
صحيح في حق الداخل بكل حال لان المضموم الى الداخل عبد في حق الداخل
لانه عتق والكلام الاول لم يتناول العين فيعتق منه نصفه اما في حق الثابت

اوجب عتق نصف رقبة بيقين وبين الداخل لان الثابت احد الاولين فاعتاقه
مضموما الى الخارج يوجب تردد العتق الاول بينهما فصار الكلام الثاني في حقه
مترددا بين ان يكون صحيحا وبين ان لا يكون فيه عتق نصف رقبة بيقين
وبين الداخل فيصيب الثابت الربع وهذا لان فساد الكلام الثاني ينشأ
من الثابت لا من الداخل فيعتبر حالة الصحة في حق الداخل وحالة الفساد
في حق الثابت واما مسئلة الطلاق قال بعضهم هذا قول محمد رحمه الله اما على
قولهما الايجاب الثاني صحيح كما ذكرنا في العتاق ويسقط من مهر الداخلة ربعه
ويكون لها ثلثة ارباع المهر ومنهم من قال المذكور قول الكل والفرق لابي حنيفة
وابي يوسف والفرق ان للعبد ثلث احوال حالة العتق وحالة الحرية وحالة
مترددة وهي حالة الكتابة وعتق البعض والسعاية عند ابي حنيفة والثابت اذا
تردد حاله بين الرق والحرية كان محلا للعتق وامكن تصحيح الكلام الثاني
على كل حال اما النساء ليس لهن الا حالتان حالة النكاح وحالة الطلاق
والطلاق لا يتجزى بالاجماع اذا طلقت نصف الثابتة بالتوزيع طلقت كلها فلا
يصح الايجاب الثاني فلابد من اعتبار الاحوال في الطلاق ولهذا قال بعض
مشائخنا رحمهم الله في العتق ان على قياس قول ابي يوسف رحمه الله في تجزي
الاعتاق ينبغي ان يكون قوله مع محمد رحمه الله لان معتق البعض عندهما ليس
بمحل للعتق هذا اذا كان القول في الصحة فان كان في المرض فعلى قول ابي
حنيفة وابي يوسف يعتق ربعه وثلثة ارباع رقبة وعلى قول محمد رحمه الله يعتق
رقبة ونصف فان كان ذلك يخرج من ثلث ماله فهذا وما لو كان في
الصحة سواء وان كان لا يخرج ولم تجز الورثة فكذلك وان لم يخرج واقسم الثلث
بينهم على قدر سهامهم فيحتاج الى حساب نصف وربع واقله اربعة
فاجعل كل عبد اربعة فحق الخارج في سهمين وحق الثابت في ثلثة وحق
الداخل عندهما في سهمين فبلغ سبعة اجعل ذلك ثلث المال واذا جعلنا
ثلث المال سبعة كان جميعه احدا وعشرين كل رقبة سبعة عتق من
الخارج سهمان ويسعى في خمسة ومن الثابت ثلثة ويسعى في اربعة ومن

ويسعى في

الداخل سهمان ويسعى في خمسة فيكون سهام السعاية اربعة عشر وسهام
العتق سبعة فاستقام الثلث والثلثان وعلى قول محمد رحمه الله سهام
الوصايا ستة وجميع المال ثمانية عشر والتخريج ما ذكرنا وان مات واحد
من العبيد قبل موت المولى فنقول ان مات الثابت عتق الخارج
والداخل عندهم لان الكلام الاول دائر بين الخارج والثابت فاذا زالت
مزاحمة الثابت عتق الخارج وكذا الثاني دائر بين الثابت والداخل وقد زالت
مزاحمة الثابت وهذا على قولهما ظاهر لان كل واحد من الايجابين صحيح
وكذلك عند محمد رحمه الله لان عنده متردد بين الصحة وعدمها ما دام
الكلام الاول دائرا بين الخارج والثابت فاذا مات الثابت مات
عبدا وتعين الخارج بالكلام الاول ويكون الكلام الثاني صحيحا
بكل حال فكان هذا قول الكل وان مات الخارج عتق الثابت
بالكلام الاول وبطل الكلام الثاني ضرورة وان مات الداخل
يقال للمولى بين الكلام الاول ان اوقعه على الثابت بالكلام الثاني
وان اوقعه على الثابت بطل الكلام الثاني لما قلنا وعلى رواية الامالي
ان مات الخارج عتق الباقيان لان على رواية الامالي الايجاب الثاني صحيح
والعتق عند البيان يقع مقصورا على البيان فاذا مات الخارج تعين الثابت
بالكلام الاول فتعين الداخل للكلام الثاني ضرورة ولو قال لمدبرين
له ولعبد في صحته احدكم حر واحد الباقيين حر ثم مات قبل البيان
وقيمتهم على السواء عتق من العبد نصفه من جميع المال ويسعى في نصفه ومن
كل واحد من المدبرين ربعه من جميع المال وثلثة ارباعه من الثلث لان قوله
احدكم مدبر اخبار بحقيقته لغة فخرج احد المدبرين عن مزاحمة ايجاب العتق
بقي ايجاب العتق دائرا بين العبد واحد المدبرين نصفه للعبد ونصفه للمدبر
الا انه ليس احد المدبرين باستحقاقه اولى من صاحبه فيكون بينهما لكل واحد
منهما الربع ولو قال احدكم حر واحد الباقيين مدبر عتق ثلث كل واحد
منهم من جميع المال ويسعى العبد في ثلثي قيمته وعتق من المدبرين ثلثا كل واحد

سهمان الثلث ويسعى كل واحد في بقية قيمته لان قوله احدكم حر انشاء حقيقة
شرعًا لحرية واحد منهم فثبت به عتق رقبة واحدة بينهم لكل واحد الثلث
وقوله واحد الباقين مدبر حقيقة لغة والممكن العمل بحقيقته لانه اخبر
ان احد الباقين بعينه مدبر والامر كما قال بعينه وهذا الاشكال على قول
ابي يوسف رحمه الله لان عنده قوله مدبر حين قدم او اخر اما محمد رحمه الله
يحتاج الى الفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الثانية من الباب لانه جعله ايجابا
مبتدا هاهنا وان كان الكلام الثاني هنا معطوفا على الاول كما كان
معطوفا على الاول ثمه والفرق ان ثمه قوله بانشاء والعبد مدبر له خطر
الايجاب فامكن جعله ايجابا بحكم العطف بيانه انه لو عنى بقوله الاول احدكما
حر القن لا يكون الثاني ايجابا لان الثاني مدبر فيكون خبرا ولو عنى به المدبر
كان الثاني ايجابا لان الثاني ليس بمدبر فامكن جعله ايجابا فترجح جهة الايجاب
بحكم العطف اما هاهنا لا خطر للكلام الثاني من الايجاب اصلا لانه ان عنى
بالايجاب الاول القن كان كلا الباقين مدبرا ولو عنى به احد المدبرين
كان احد الباقين مدبرا فصار جامعا بين عبد ومدبر فلا احدكما مدبر
فلم يقع التعارض في الثاني ليرجح معنى الانشاء بحكم العطف وفي اختيار اكثر
مشايخنا رحمهم الله هذا على رواية الجامع اما على قياس ما ذكر في الزيادات
يجب ان يعتق من العبد نصفه ونصف احد المدبرين من كل واحد منهما ربعه
كما في المسئلة الاولى لانه ذكر في الزيادات فيمن كان له ثلثة اعبد فقال في صحته
احدكم حر ثم نظر الى العبدين وقال واحد الباقين عبد يعتق من العبد نصفه
ومن الباقيين من كل واحد منهما ربعه ولا فرق بين المسئلتين فان احد الباقين
كما هو عبد في تلك المسئلة فاحد الباقين هنا مدبر فقيل ما ذكر في الزيادات
قول محمد رحمه الله وما ذكر هنا قول ابي يوسف وقيل في المسئلتين روايتان
وجه رواية الزيادات ان قوله واحد الباقين عبد في مسئلة الزيادات واحد
الباقين مدبر في مسئلة الجامع بعد اخراج احدهما من مزاحمة الاول في العتق
واصل التدبير فصار كما لو نظر الى عبد بعينه وقال انت يا فلان عبد او الى

المدبر بعينه وقال انت يا فلان مدبر يخرج عن مزاحمة الاول في العتق
والتدبير فكذلك هنا وهذا لان حمل كلام العاقل على الافادة واجب
ما امكن وهنا امكن حمله على الفائدة وعلى ما هو مستحق عليه وهو
البيان فان يجعل اخراجا لاحد المجموعين عن مزاحمة الفرد في العتق
فقبل هذا الكلام كان العتق بين الثلاث وبعده بين الفرد واحد المجموعين
الا ترى انه لو قال اخترت ان يكون احدكما عبدا كان اخراجا لاحدهما من
العتق وكذا لو قال اخترت ان يكون العتق الذي اوقعته على هذا المفرد
او احد هذين يخرج احدهما من الايجاب وجه رواية الجامع ان قوله واحد
الباقين عبد في مسئلة الزيادات وقوله واحد الباقين مدبر في مسئلة
الجامع لا يفيد شيئا وضع له لان هذا الكلام وضع للاخبار ان احدهما
عبد في مسئلة الزيادات وان احدهما مدبر في مسئلة الجامع عن علم
ونحن نعلم يقينا ان احد الباقين عبد فاذا لم يفد شيئا وضع له لم يعتبر
في حق خروجه عن مزاحمة الاول لانه انما يخرج عن كونه مزاحما اذا افاد الكلام
لما وضع له اما اذا لم يفد كان ذكره والسكوت سواء كما لو جمع بين حر وعبد
وقال احدكما حر وهذا لان قوله احدكما عبد او مدبر ليس ببيان للعتق في
القن واحد المدبرين حقيقة بل هو لاثبات التدبير في احدهما لو كان بيانا كان
بيانا بطريق الضرورة والضرورة في حق تعيين المدبر والرق لا في حق العتق فلا
يتعين بخلاف ما لو نظر الى عبد بعينه وقال انت يا فلان عبد او يا فلان
مدبر لان هذا الكلام افاد شيئا وضع له لانه وضع للاخبار عن كونه عبدا او مدبرا
وما كنا نعلم ذلك قبل هذا الكلام فاذا صح خرج من ان يكون مزاحما في الايجاب
الاول وقوله اخترت انشاء لا يحتمل الخبر واذا لم يكن خبرا كان اخراجا لاحدهما
عن المزاحمة ثم في قوله احدكم حر وانت يا فلان مدبر لاحدهما بعينه عتق
نصف العبد ويسعى في النصف وعتق من المدبر الذي لم يعينه نصفه ثم
يقسم الثلث من تركة الميت على تسعة اسهم سهم للمدبر الذي عتق نصفه وسهمان
للعبد لانه بقوله انت يا فلان مدبر اخرجه عن الايجاب الثاني فكان العتق

بين العبد والمدبر الآخر ثم المدبر الذي عتق نصفه يستحق نصف عتاق بالتدبير
لأن نصفه حر والمدبر الذي عتقه يستحق عتاقا كاملا بالتدبير السابق فينقسم
الثلث بينهما على قدر حقهما أثلاثا قال محمد رحمه الله أنه لو قال لعبدين له أسودين
وعبد أبيض أحدكم حر ثم قال بعد ذلك أحد الأسودين عبد ثم مات قبل البيان
عتق من كل واحد منهم ثلثه وجعل قوله أحد الأسودين عبد ذكرا ولا ذكر بمنزلة الآن
صادق في خبره وحجة كل واحد منهما لم ينقطع لأن كل واحد منهما يقول المعني
بالعبد غيري ولو قال لأحد الأسودين بعينه أنت يا فلان عبد كان عبدا كما قال
ويعتق من الأبيض نصفه ومن الأسود الآخر نصفه لأن حجته قد انقطعت وهذا على
رواية الجامع أما على رواية الزيادات لا فرق بين الفصلين ولو قال لثلاثة
أعبد أحدكم حر ثم جمع بين اثنين وقال أحدكما مدبر كان صحيحا بالاتفاق ويؤمر
ببيان العتق والتدبير لأن قوله أحدكما مدبر لا يصلح خبرا وإن مات قبل البيان عتق
نصف المفرد وربع كل واحد من المجموعين بالعتق البات ونصفه بالتدبير إلا أن
يعتق بحكم التدبير يعتبر من الثلث لأن بالكلام الثاني أخرج أحد المجموعين عن جهة
المفرد في العتق البات بقي العتق البات بين المفرد وأحد المجموعين فيعتق من كل
واحد منهما نصفه وأحدهما ليس بأولى من الآخر فيعتق من كل واحد منهما ربعه
وتدبير الرقبة أيضا بينهما لأنه صح إنشاء فيعتق من كل واحد منهما نصفه بحكم التدبير
ولو قال لمدبرين وعبد في صحته أحدكم مدبر والباقيان حران ثم مات قبل
البيان عتق العبد ونصف كل واحد من جميع المال فيعتق ما بقي من المدبرين
من الثلث لأن قوله أحدكم مدبر إخبار بحقيقته لعدم قوله والباقيان
حران بين العبد وأحد المدبرين فيعتق العبد كله وأحد المدبرين وليس أحدهما
بأولى من الآخر فيعتق من كل واحد منهما نصفه ولو بدأ بالعتق فقال أحدكم
حر والباقيان مدبران عتق ثلث كل واحد منهم من جميع المال وما بقي منهم
الثلث وهذا الجواب يجب أن يكون على قول محمد رحمه الله لأن قوله أولا أحدكم
حر إنشاء بحقيقته شرعا لا محالة وقوله بعد ذلك والباقيان مدبران كان إنشاء
أيضا لأنه معطوف على الإنشاء وعلى أصله ما يصلح خبرا وإنشاء إذا عطف على

الإنشاء يصير إنشاء ورجح معنى الإنشاء بقضية العطف إلا أن إثبات التدبير
معتبر في حق العبد غير معتبر في حق المدبرين فيصير ثلثا العبد مدبرا ويبقى
ثلثا كل واحد من المدبرين مدبرا كما كان فأما على قياس قول أبي يوسف
رحمه الله يجب أن يعتق العبد كله لأنه جعل قوله والباقيان مدبران خبرا فانصرف
إلى المدبرين فبقي إيجاب الحرية مساويا للعبد بغير مزاحم فيعتق كله ثم قال
محمد رحمه الله في الأصل إن العبد مدبر في وجه حر في وجه فيعتق ثلثه من
جميع المال وثلثاه بالتدبير وإنما عنى به أنه إن أراد بالكلام الأول العبد
فهو حر وإن عنى بالكلام الأول أحد المدبرين فالعبد مدبر فإذا العبد مدبر من
وجه حر من وجه فإن قيل أحوال الحرمان أحوال والعبد يحرم في حالين فيجب
أن يعتق ثلثه أما أحوال الإصابة حالة واحدة وإنما يصيبه التدبير في حالين ولا يصيبه
في حال يجب أن يصير نصفه مدبرا لا ثلثه قيل له من المشايخ رحمهم الله من قال
إن أحوال الإصابة أحوال على رواية الزيادات كأحوال الحرمان ومحمد خرج هذه المسألة
على رواية الزيادات ولئن كان تخريجها على رواية الجامع فيقول أحوال الإصابة
إنما تعتبر حالة واحدة إذا كانت أحوال الإصابة صورة ومعنى فأما إذا كانت
أحوال الإصابة صورة وأحوال الحرمان معنى تعتبر الأحوال وههنا حال إصابة
التدبير للعبد حال حرمان العتق فكانت حالة الحرمان معنى فاعتبر حالتا الإصابة
صورة لاعتبار حالة الحرمان معنى ولو قال لأحدكم حر والآخران المدبران
عتق العبد من جميع والمدبران من الثلث لأن المدبرين بالألف واللام ينصرف
إلى المعهود وهما المدبران المعروفان بقي قوله أحدكم حر منشأ للعبد الآخر فيعتق
كله ولو قال لعبدين له ومدبر في صحته أحدكم مدبر والباقيان حران ثم مات
عتق العبدان من جميع المال والمدبر من الثلث لأنه لما قال أولا أحدكم مدبر
كان هذا خبرا بقي قوله والباقيان حران منصرفا إلى العبدين ضرورة ولو قال
أحدكم حر والباقيان مدبران عتق ثلث كل واحد منهم من جميع المال وما بقي منهم
من الثلث بحكم التدبير لأنه لما قال أولا أحدكم حر كان هذا إنشاء بحقيقته شرعا
فلما قال بعده والباقيان مدبران كان هذا إنشاء وأما على أصل أبي يوسف

رحمه الله فلانه لا يمكن ان يجعل خبرا لانه ان عنى بقوله احدكم حر المدبر فالباقيان
عبدان وليسا بمدبرين وان عنى به احد العبدين والباقي عبد ومدبر وليسا
بمدبرين ايضا فتعذر جعله خبرا فيجعل انشاء ضرورة واذا جعل انشاء لا بد
من اعتبار احوال التدبير والمدبر تستغني عن انشاء التدبير فلا تعتبر انشاء التدبير
في حقه فاما العبدان يحتاجان الى التدبير فتعتبر احوال التدبير في حقهما فيقول
كل واحد منهما ثبت وله التدبير في حالين ان عني بالحر صاحبه او المدبر
وليس بمدبر في حال وهو ما اذا عناه فيصير ثلثا كل واحد من العبدين مدبرا
او نقول ثلثا المدبر مدبر على حاله فيعتق ثلثا كل واحد منهم بموته من الثلث
فيحتاج الحساب له ثلث ولثلثه ثلث واقله تسعة فصار كل رقبة تسعة
ويعتق من كل واحد ثلثه بالعتق البات يعني ستة يعتق منه ثلثها وهو سهمان
ويسعى كل واحد في اربعة وكان جملة السعاية اثني عشر وقلنا انهم بالوصية
ستة فاستقام الثلث والثلثان ولذلك لو كانوا اعبدا كلهم لا مدبر فيهم
فقال احدكم حر والباقيان مدبران يعتق من كل واحد منهم ثلثه من جميع المال
والثلثان بالتدبير من الثلث لان قوله احدكم حر ايجاب حرية مبهم وقوله والباقيان
مدبران ايجاب تدبير رقبتين منهم لحاجة الكل الى ذلك فيقسم تدبير رقبتين
منهم على السواء فيصيب كل واحد ثلثاه ووجه الحساب ما قلنا ولو بدأ بالتدبير
فقال احدكم مدبر والباقيان حران عتق ثلثا كل واحد منهم من جميع المال وما بقي
منهم من الثلث لانه لما قال اولا احدكم مدبر كان هذا انشاء حقيقة شرعا فثبت
به تدبير رقبة منهم بالسوية والكلام الثاني انشاء حقيقة شرعا فيعتق من كل
واحد ثلثاه من جميع المال بقي الثلث من كل واحد منهم يعتق من ذلك ثلثه
ويسعى في ثلثي الثلث فاجعل كل رقبة تسعة لكل واحد ثلثاه ستة
بالعتق البات وذلك ستة وثلث ما بقي وهو سهم بالتدبير يسعى في سهمان
يسعى كل واحد منهم في سهمين ولو قال لعبدين له ومدبر في صحته بينهم
على السواء لا مال له غيرهم احدكم حر او مدبر لا يقع بهذا الكلام شيء وكذا لو
قال احدكم مدبر او حر لان المعمول به احد الكلامين نصبه لكلمة او وجد

صار

صار احد الكلامين معمولا به خبرا وهو قوله او مدبر لانه صادق فيه فيبطل
الاخر ولانه لما صار قوله احدكم مدبر خبرا صار لغوا بقي قوله احدكم حر وقد
اخرجه على التمثيل والتردد فلا يجعل ايجابا بالشك ولو قال اثنان منكم مدبران
فان كان له مال يخرج رقبتان من ثلثه عتق المدبر المعروف ونصف كل واحد من
العبدين ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته وان لم يكن له مال سواهم عتق
احد العبدين في المدبر المعروف من ثلثه لان هذا الكلام خبر في حق المدبر
المعروف انشاء في حق احد العبدين كانه قال للعبدين احدكم مدبر فاذا خرج
الرقبتان من الثلث عتق المدبر ونصف كل واحد من العبدين وان لم يكن له مال سواهم
عتق نصف المدبر المعروف ويسعى في نصفه ويعتق من كل واحد من العبدين
ربعه ويسعى في ثلثة ارباعه فيجعل كل عبد اربعة يعتق من المدبر سهمان
ويسعى في سهمين ومن كل عبد سهم ويسعى في ثلثة فبلغ سهام العتق
اربعة وسهام السعاية ثمانية فاستقام ولو قال في صحته اثنان منكم حران
او مدبران ثم مات قبل البيان ولا مال له غيرهم عتق من كل واحد منهم ثلثه من
جميع المال ويقسم ثلث المال بينهم على سبعة للمدبر اربعة اسباع وللعبدين
ثلثة اسباع بينهما ويسعى المدبر في سبعي قيمته وكل واحد من العبدين
يسعى في ثلثة اسباع قيمته وثلثي سبع قيمته لان البيان احد الايجابين بعضه
كله او ما دام حيا يؤمر بالبيان فاذا مات قبل البيان فيقول كل واحد
من الايجابين يثبت في حال دون حال فان كان المراد العتق يثبت حرية رقبتين
منهم فيعتق من كل واحد منهم ثلثاه وان كان المراد التدبير لا شيء لهم من العتق
فينتصف فيعتق رقبة ولهذا منهم فيعتق من كل واحد منهم الثلث
وان كان المراد التدبير يثبت تدبير رقبة واحدة لانه يصير جامعا بين عبد
ومدبر فلا اثنان مدبران فيكون خبرا في حق المدبر انشاء في حق العبد
اما على اصل ابي يوسف رحمه الله فظاهر واما على اصل محمد رحمه الله فكذلك
لانه غير معطوف على الايجاب حتى يرجح معنى الانشاء بل هو كلام مبتدأ فكان
الثابت تدبير رقبة وان اراد العتق لا يثبت شيء من التدبير فيتنصف فيثبت تدبير

نصف رقبة بين العبدين اذا احتاط للمدبر من انشاء التدبير وكان للمدبر تدبير
كاملا وصل اليه الثلث يعني حقه في ثلثي الرقبة وحق العبدين في نصف الرقبة
فيضرب كل واحد بجميع حقه في الثلث فالمدبر بثلثي الرقبة والعبدان بنصفها
فيحتاج الحساب الى ثلثان ونصف واقله ستة فاجعل ثلث المال ستة
وماله يوم الموت رقبتان وهي ثلث رقبة كل واحد منهم فاذا جعلنا الثلث
على ستة يضرب المدبر بثلثيه وهو اربعة والعبدان بنصفها وهو ثلثة فصار سبعة
فصار الثلث على سهام الوصايا والاصل ان الثلث متى ضاق عن سهام الوصايا
يجعل ثلث المال ما بلغ اليه سهام الوصايا ليستقيم الثلث والثلثان فصار
الثلث على سبعة اربعة اسباعه للمدبر وثلثة اسباعه للعبدين نصفين لكل
واحد منهما سهم ونصف فانكسر فاضرب سبعة في مخرج الكسر وذلك اثنان
فصار اربعة عشر فصار ثلث المال اربعة عشر وثلث مال الميت ثلثا رقبة لاحدهم
فاذا صار الثلث اربعة عشر صار الثلثان ثمانية وعشرين والكل اثنان واربعون
واذا صار الثلث اربعة عشر يقول للمدبر ثمانية اربعة اسباعه وللعبدين
ستة ثلثة اسباعه لكل واحد منهما ثلثة فقد عتق من المدبر ثمانية ويسعى
في الباقي وهو ستة وعتق من كل واحد من العبدين ثلثة ويسعى في احد عشر
فسعي العبدين اثنين وعشرين والمدبر في ستة فذلك ثمانية وعشرون وسلم
للمدبر ثمانية وللعبدين ستة فذلك اربعة عشر فاستقام الثلث والثلثان
وان اردنا كمال الرقبة وقد صار كل رقبة اربعة عشر فزد على كل رقبة مثل
نصفها وهو سبعة فصار كل رقبة احدا وعشرين وجميع الرقاب ثلثة وستون
فيقول عتق من المدبر سبعة بالعتق البات يعني اربعة عشر سلم له ثمانية بالتدبير
فصار السالم له خمسة عشر وهو خمسة اسباع رقبته لان كل سبع ثلثة ويسعى
في سبعي قيمته وهو ستة هذا معنى ما قال محمد رحمه الله في الكتاب ويسعى المدبر
في سبعي قيمته وقد عتق من كل واحد من العبدين بالعتق البات سبعة يعني اربعة
عشر يعتق منه من كل واحد بالتدبير فصار عشرة وذلك ثلثة اسباع وثلث سبع
كل سبع ثلثة ويسعى كل واحد في احد عشر وذلك ثلثة اسباع وثلثي سبع هذا

معنى ما قال في الكتاب يسعى كل واحد من العبدين في ثلثة اسباع قيمته
وثلثي سبع قيمته هذا اذا كان القول في الصحة وان كان القول في المرض
عتق من المدبر المعروف ستة اسهم من ثلثة عشر ويسعى فيما بقي ووجهه
ان الاعتاق في مرض الموت وصية كالتدبير والوصايا تعتبر من الثلث
فيضرب كل واحد منهم بوصيته في الثلث وحق المدبر في عتق الرقبة وحق
العبدين في رقبة وسدس لان البات احد الكلامين على ما قلنا فان
كان البات هو العتق البات ثبت به عتق رقبتين واذا تردد ثبت
به عتق رقبة الا ان حق المدبر لا يزداد بهذا الكلام لانه يوصي له بجميع الرقبة
فيعتق من كل واحد من العبدين ثلثه وان كان البات هو التدبير ثبت
به تدبير رقبة للعبدين على ما قلنا واذا تردد ثبت به تدبير النصف من
العبدين فصار لهما ثلثا العتق ونصف التدبير وذلك رقبة وسدس
فجعلنا كل رقبة ستة يضرب المدبر المعروف بجميع الرقبة ستة و
العبدان بسبعة فبلغ سهام الوصايا ثلثة عشر جعلنا ذلك ثلث المال
والثلثان ستة وعشرون فصار كل رقبة ثلثة عشر يعتق من المدبر
ستة ويسعى في سبعة ويعتق من كل واحد من العبدين ثلثة ونصف
ويسعى في تسعة ونصف فصار سهام الوصايا ستة وعشرين سهام
العتق ثلثة عشر فاستقام الحساب فان مات بعض العبيد فالمسألة على
وجهين اما ان مات في حياة المولى او بعد موته وكل ذلك على وجهين
اما ان كان القول في الصحة او في المرض فان كان القول في الصحة ومات
المدبر في حياة المولى عتق من كل واحد من العبدين بالعتق البات من
جميع المال وربعه بالتدبير من الثلث لانه لما مات المدبر والعتق البات
كان بينهم فاذا السهم لحصة المدبر كان بين العبدين فيعتق من كل واحد
منهما نصفه وربعه بالتدبير من الثلث لان نصف التدبير كان بين العبدين
يسعى لذلك فان كان له مال اخر يخرجان من الثلث يعتق من كل واحد منهما
ربعه بالتدبير ويسعى في ربعه وان لم يكن له مال سواهم ولم تجز الورثة

يعتق من كل واحد منهما سدسه بحكم التدبير ويسعى في ثلثيه الا ان احدهما
عتق بالعتق البات بقي ماله عند الموت رقبة واحدة وكان ثلث ماله
ثلث رقبة منهما وان كان القول في المرض فالعتق والتدبير كلاهما
من الثلث وقد وجب للعبدين رقبة بالعتق البات ونصف رقبة
بالتدبير فذلك رقبة ونصف رقبة بالتدبير فذلك رقبة ونصف
منهما يعتق من كل واحد منهما ثلثه ارباعه ويسعى في ربعه ان كان ذلك
يخرج من ثلث ماله او اجازت الورثة وان لم يكن له مال اخر ولم تجز الورثة
كان ماله رقبتان عند الموت فثلثه وهو ثلثا رقبة بينهما يعتق من
كل واحد منهما ثلثه ويسعى في ثلثيه وان مات احد العبدين دون المدبر
وكان القول في الصحة عتق من كل واحد من الباقيين بالعتق البات
نصفه من جميع المال والباقي من الثلث لانه لما مات احد العبدين تعين
العتق البات بين الباقيين فيعتق من كل واحد منهما نصفه وما بقي من
المدبر يستحق العتق بحكم التدبير وما بقي من العبد لذلك لان تدبير النصف
كان بين العبدين وبموت احدهما انصرف الى الباقي فصار النصف الباقي
منه مدبرا ايضا فيكون الثلث بينهما ان كان للمولى مال اخر وان لم يكن
كان ثلث الرقبة بينهما فيعتق من كل واحد منهما فان مات المولى ثم مات احدهم
فان كان القول في الصحة ومات المدبر يسأل ان يسعى في شيء يسعى
كل واحد من العبدين في ثمانية وعشرين سهما من احد وخمسين من رقبته
لان المدبر لما مات صار مستوفيا وصيته ان رقبته في يده وتوى ما عليه
من السعاية فيكون التوى على الكل لان التركة مشتركة بين الورثة
واصحاب الوصايا والمال المشترك اذا توى منه شيء يكون التوى
على الكل اذ ليس صرف الهلاك الى البعض باولى من البعض وانما يكون التوى
على الكل اذا قسم الباقي من التركة بين الورثة واصحاب الوصايا على
السهام التي كانت قبل التوى فان السهام لا تنتقض بهلاك البعض
وانما تنتقص اجزاء المال فوجب ان تطرح سهام الوصية قبل التوى كم كان

للعبدين فنقول كان لهما ستة وللورثة ثمانية وعشرون وكان
للمدبر ثمانية وقد توى ما عليه فيقسم الباقي على قدر سهامهما ونصيب
العبدين ستة ونصيب الورثة ثمانية وعشرون فتصح الجملة اربعة وثلثين
ثلثها كل عبد سبعة عشر يعتق من كل واحد منهما ثلثه ويسعى كل واحد
في اربعة عشر فصار حقهما في ستة والمدبر استوفى وصيته ثمانية فتبلغ
سهام الوصايا اربعة عشر وسهام السعاية ثمانية وعشرون وان اردت
اكمال الرقبة وقد صار ثلثي كل رقبة سبعة عشر فرد على كل رقبة
مثل نصفه وهو ثمانية ونصف فصار كل رقبة خمسة وعشرين ونصف فانكسر
بالنصف فاضرب مخرج الكسر في اصل الحساب فصار كل رقبة احدا وخمسين
يعتق من كل واحد منهم ثلثه بالعتق البات وذلك سبعة عشر يسعى في اربعة
وثلثين حصل لكل واحد بالتدبير ستة لانه كان ثلثه من خمسة وعشرين ونصف
فبحكم التضعيف صار ستة ويسعى كل واحد في ثمانية وعشرين سهما من احد
وخمسين هذا معنى ما قال في الكتاب يسعى كل واحد من العبدين في ثمانية
وعشرين سهما من احد وخمسين من رقبته فقد حصل لكل واحد ستة فيكون
اثني عشر وللمدبر ستة عشر لانه كان له قبل التضعيف ثمانية فحين ضعفنا
صار ستة عشر فصار جملته ثمانية وعشرين وقد سلم للورثة ستة وخمسون
فاستقام الثلث والثلثان وان مات احد العبدين بعد موت المدبر
ولم يؤد شيئا من السعاية يسعى العبد الباقي في ثمانية وعشرين من ستة
واربعين جزءا ونصف جزء من قيمته لانه لما مات احد العبدين صار
مستوفيا ايضا وصيته وتوى ما عليه فيكون التوى على الكل فيقسم الباقي
على السهام التي كانت قبل التوى وسهام الورثة قبل التوى كانت في ثمانية
وعشرين وسهم كل عبد ثلثه فيقسم الباقي على احد وثلثين سهما سلم للعبد
سهم وهو ثلثه ويسعى في ثمانية وعشرين وقد سلم للمدبر ثمانية وللعبد
الاخر ثلثه فيكون جملة سهام الوصايا اربعة عشر وجملة سهام الورثة ثمانية
وعشرون فاستقام الثلث والثلثان وان اردت تكميل الرقبة فزد على

احد وثلثين مثل نصفه وذلك خمسة عشر ونصف فيصير ستة واربعين ونصف
سلم له ثلثه بالعتق البتات وذلك خمسة عشر ونصف وثلثه بالوصية
ويسعى في ثماني وعشرين من ستة واربعين حر ونصف من جميع رقبته ولو مات
العبدان وبقي المدبر يسعى في ثمانية وعشرين من اربعة وخمسين من قيمته لان
حق المدبر كان في ثمانية وحق الورثة في ثمانية وعشرين فيسلم للورثة ثمانية
وعشرين وقد نفذنا الوصية للمدبر في ثمانية ولكل واحد من العبدين في ثلثه فذلك
اربعة عشر فاستقام الثلث والثلثان واذا اردت اكمال الرقبة زد عليه مثل نصف
وذلك ثمانية عشر فيصير اربعة وخمسين سلم له بالعتق البتات ثلثه وذلك ثمانية عشر
وبالوصية ثمانية فذلك ستة وعشرون يسعى الى تمام اربعة وخمسين ثمانية وعشرين
فهذا معنى ما قال في الكتاب يسعى في ثمانية وعشرين من اربعة وخمسين ولو مات عبد
وبقي عبد ومدبر فالمدبر يسعى في ثلثة وعشرين من ثمانية وخمسين ونصف والعبد
يسعى في ثلثة وثلثين من ثمانية وخمسين ونصف لان سهام الورثة كانت ثمانية
وعشرين وسهام المدبر ثمانية وسهام العبد الحي ثلثة فيكون الجملة تسعة وثلثين بينهما
ما قسم ثلثي رقبة كل واحد منهما على تسعة عشر ونصف سلم للمدبر من تسعة عشر
ونصف ثمانية ويسعى في احد عشر ونصف وسلم للعبد الحي ثلثة ويسعى في
ستة عشر ونصف فاذا ضممت ستة عشر ونصف الى احد عشر ونصف صار ثمانية
وعشرين فسلم للورثة ثمانية وعشرون وقد نفذنا الوصية للمدبر في ثمانية
وللعبد الحي في ثلثة وللعبد الميت في ثلثة وذلك اربعة عشر فاستقام الثلث
والثلثان واذا اردت تكميل الرقبة زد على ثلثي كل رقبة مثل نصفها و
ذلك تسعة وثلثة ارباع فيصير الرقبة الكاملة من كل واحد منهما تسعة وعشرون وربع
ما ضعف لنعدل الكسر لان كان لا نزول فصار كل رقبة ثمانية وخمسين ونصف تسعة عشر
ثلث كل رقبة بالعتق البتات وهو تسعة عشر ونصف يبقى ثلثي رقبة كل واحد منهما
تسعة وثلثون سلم للمدبر ستة عشر لان وصيته كانت ثمانية فاذا اضعفنا صارت
ستة عشر الى تسعة عشر ونصف فصار خمسة وثلثين ونصف يسعى في ثلثة وعشرين يسعى
في ذلك فهذا معنى ما قال في الكتاب يسعى في ثلثة وعشرين من ثمانية وخمسين ونصف من رقبته

والعبد الحي اضعافا صار رقبته ثمانية وخمسين ونصف عتق ثلثه بالعتق البتات
وهو تسعة عشر ونصف وسلم له ستة بالوصية فصار خمسة وعشرين ونصف يسعى
ثلثه وثلثون يسعى في ذلك فهذا معنى ما قال في الكتاب يسعى العبد في ثلثة وثلثين
من ثمانية وخمسين ونصف من رقبته فاجمع سهام الوصايا والسعاية فنقول سلم
للمدبر ستة عشر وللعبد الحي ستة وللعبد الميت ستة فيكون جملته ستة وخمسين
فيستقيم الثلث والثلثان هذا اذا كان القول في الصحة فان كان في المرض
ومات المدبر فنقول لو لم يمت احدهم بعد موت المولى ذكرنا ان حق المدبر يكون
في ستة وحق العبدين في ثلث والمدبر في رقبة وسدس وحق الورثة في
ستة وعشرين فاذا مات المدبر صار مستوفيا وصيته بقي حق العبدين وذلك
سبعة وحق الورثة وهو ستة وعشرون فيصير ثلثة وثلثين فاجعل ما بقي من المال
ثلثة وثلثين والباقي رقبتان فصار كل رقبة من العبدين ستة عشر ونصف فسلم
لكل واحد منهما ثلثه ونصف ويسعى في ثلثة عشر وسلم للمدبر ستة فبلغ سهام
السعاية ستة وعشرين وسهام الوصية ثلثة عشر فاستقام ولو مات احد العبدين
نضرب للمدبر بستة والعبد الباقي بثلثة ونصف والورثة بستة وعشرين
فصار خمسة وثلثين ونصف فصار كل رقبة سبعة عشر وثلثة ارباع انكسر بالربع
فضعفه فصار احدى وسبعين ثلثا كل رقبة خمسة وثلثون ونصف فسلم
للعبد الباقي سبعة ويسعى في ثمانية وعشرين ونصف وسلم للمدبر اثني عشر
ويسعى في ثلثة وعشرين ونصف فجعل للورثة اثنان وخمسون وسلم للمدبر
اثني عشر وللعبد الباقي سبعة وقد استوفى الميت سبعة فيكون ستة وعشرين
فاستقام الثلث والثلثان ولو مات العبدان وبقي مدبر نحو المدبر
في ستة وحق الورثة في ستة وعشرين فذلك اثنان وثلاثون فسلم للمدبر ستة
ويسعى في ستة وعشرين وسلم للعبدين سبعة فاستقام ولو مات المدبر
واحد العبدين نحو العبد الباقي في ثلثة ونصف وحق الورثة في ستة وعشرين
فذلك تسعة وعشرون ونصف فسلم للعبد ثلثه ونصف ويسعى في ستة وعشرين
وقد استوفى المدبر ستة والعبد الميت ثلثة ونصف فذلك ثلثة عشر فاستقام

الحساب ولو قال لهم في صحته انتم احرار او هذا الا مدبرين ومات قبل البيان فنقول قوله او مدبرون انحصار في حق المدبر ايجاب في حق العبدين فصار كانه قال انتم احرار و هذان مدبران فاذا مات قبل البيان عتق نصفا منهما كل كلام فيعتق بالعتق البات رقبة ونصف من كل واحد منهم نصفه وبدبر الرقبة من العبدين فصار الباقي من العبدين مدبرا والباقي من المدبر مدبر كما كان فكان الثلث منهم بان خرجوا من الثلث او اجازت الورثة عتقوا وان لم يكن له مال غيرهم ولم يجز الورثة كان الثلث منهم وماله رقبة ونصف فثلثه وهو نصف رقبة يكون بينهم لكل واحد منهم سدس الرقبة وقد عتق لكل واحد منهم ثلثاه ويسعى في ثلثه فان كان القول في المرض كان العتق والتدبير معتبرا من الثلث فيقسم الثلث بينهم بالسوية لان كل واحد من العبدين موصى له بجميع الرقبة نصفه بالعتق ونصفه بالتدبير والمدبر موصى له بجميع رقبته ولا يزداد حقه على رقبته فكان بينهم بالسوية ثم نسأل محمد رحمه الله في الكتاب على نقيض الاقاويل ينبغي ان لا يعتق من المدبر المعروف شيء بالعتق البات لان قوله انتم احرار عام فصار كانه قال لكل واحد انت حر او مدبر ولو قال هكذا لاحظ للمدبر من العتق لكونه صادقا في احدهما والجواب ان في تلك المسئلة انما بطل الكلام في المدبر لان الكلام ما حققه مردد بين ان يكون ايجابا او خبرا فصار كانه قال انت حر او غير حر ولا يصير ايجابا بالشك اما هاهنا جمع بين اسمين صحيحين لان ايجاب الحرية انشائي في حق الكل وكذا التدبير انشائي في حق العبدين فصار كانه قال انتم احرار وهذان مدبران ولو نص على هذا كان الجواب ما قلنا ولو قال انتم احرار او احدكم مدبر كان باطلا لان احد شطري الكلام صدق وخبر فيبطل الآخر كانه قال انتم احرار او غير احرار ولو قال كل واحد منكم حر او مدبر فهذا الكلام لغو في حق المدبر لان هذا الكلام ساوى كل على سبيل الانفراد كانه قال لكل واحد منهم انت حر او مدبر ولو نص عليه لا يصح في حق المدبر وهو صحيح

في حق العبدين فكل واحد منهما حر في حال مدبر في حال فيعتق من كل واحد منهما نصفه بالعتق البات من جميع المال ان كان القول في الصحة ويعتق النصف الباقي بالتدبير من الثلث وان لم يكن مال آخر كان ماله رقبتان عند الموت وثلثه ثلثا رقبة بينهم للمدبر المعروف من ذلك ثلث رقبة وللعبدين ثلث رقبة بينهما لكل واحد منهما سدس رقبة ففي الحاصل سلم للمدبر ثلث رقبته ويسعى في ثلثيه وسلم لكل واحد من العبدين ثلثا رقبته ويسعى في ثلثه ولو كان القول في المرض ولا مال لهم سواهم كان العتق والتدبير وصية فصار كل واحد منهم موصى له بجميع الرقبة والله اعلم

باب

من الوصايا التي يوصى فيها بنصيب بعض الورثة او بمثل نصيبه

اصل الباب ان الوصية بنصيب وارث موجود لا يصح وبنصيب وارث معدوم او بمثل نصيب وارث موجود او معدوم يصح لان الوصية بنصيب الوارث تغيير المشروع وهو جعل ما جعله الشارع للوارث لغيره ولان نصيب الوارث بعد موته وما يرثه الوارث بعد موته ملك الوارث فتكون الوصية من المورث حاصلة بملك الوارث فلا يصح اما اذا اوصى بنصيب وارث معدوم فليس فيه تغيير حكم الشرع لان الشرع ما جعل للمعدوم شيئا وليس هذا ايضا وصية بملك الغير لان المعدوم لا يصلح مالكا فكان هو موصيا بملك نفسه الا انه جعل نصيب الوارث المعدوم معيارا للوصية ومعرفا المقدار وللموصي ان يقدر الوصية بما شاء ويصير تقديره كانه قال اوصيت لفلان بثلث مالي او ربع مالي وكذا الوصية بمثل نصيب وارث موجود ليس وصية بملك الوارث ولا تغيير حكم الشرع لان مثل الشيء غيره لكن يساوي له في بعض الاوصاف فكان معيارا ومقدرا وكذا الوصية بمثل نصيب وارث معدوم بل اولى لانه لما صحت الوصية بنصيب وارث معدوم فبمثل نصيبه اولى ثم اذا اوصى بمثل نصيب وارث موجود يراد ذلك الوارث على عدد الورثة ويقسم المال بينهم ثم يعطى نصيب الذي زيد به

للموصى له واذا اوصى بمثل نصيب وارث معدوم يزاد ذلك الوارث
على عدد الورثة ويقسم المال عليهم ثم يزاد مثل نصيب الذي زيد به
على عدد الورثة على سهام الورثة فيعطى الموصى له ذلك النصيب الا ان
مثل الشيء غيره ويعلم له فرق بين الوصية وبين الاستثناء فان في الوصية
قال لا يصح الوصية بنصيب الوارث واستثنا نصيبا لوارث عن الوصية
صحيح حتى لو مات وترك ابنا واوصى لرجل بنصيب ابنه لا يصح ولو اوصى
بمثل نصيب ابنه الا مثل نصيب ابن اخر او نصيب ابن اخر يصح وللموصى له
ثلث المال والفرق ما ذكرنا ان الوصية بنصيب الوارث تغيير حكم الشرع
او تصرف في نصيب الابن وحقه بخلاف الوصية بمثل نصيبه اما الاستثناء
استخراج بعض الوصية مع تقرير نصيب الابن واجاب لما وراء المستثنى
واجاب عن نصيب الابن صحيح فذكر النصيب ومثل النصيب معيارا د
للمستخرج وتقدير له وليس بتصرف في الوارث ولا بتغيير حكم الشرع ثم
فرق في الوصية على نصيب الابن المعدوم وبين مثل نصيب الابن
المعدوم وفي الاستثناء سوى بينهما فقال اذا ترك ابنا واوصى بنصيب ابن
اخر لو كان فللموصى له نصف المال ولو اوصى بمثل نصيب ابن اخر فللموصى
له ثلث المال وفي الاستثناء اذا ترك ابنا واوصى لرجل بمثل نصيب ابنه
الا نصيب ابن اخر او الا مثل نصيب ابن اخر فللموصى له ثلث المال
والفرق ما اشار اليه محمد رحمه الله فقال مثل نصيب الابن يحتمل غيره
فيقل المستثنى ويكثر الوصية ويحتمل عينه قال الله تعالى ليس كمثله شيء
وانما ذكر المثل هنا على معنى ان يكون نصيب الابن معيارا للمستخرج
فوقع الشك في المستثنى والشك في الاستثناء شك في الوصية وفي مثل
هذا الصحيح من مذهب اصحابنا رحمهم الله انه يعطى للموصى له الاقل لانه
متيقن وانما حمل المثل في الايجاب على الغير تصحيحا للوصية وفي الاستثناء
لم يوجد ما يوجب الحمل على المغاير لانه رد على الورثة وتكثير لانصبائهم
ولهذا لو اوصى بمثل نصيب بنته الا نصيب احدهم يصح الاستثناء فبعد ذلك

لو حمل على المغاير يقل الاستثناء ويكثر الوصية ولو حمل على المعيار
يقل الوصية ويكثر الاستثناء فكان حمله على المعيار اولى اما ان فيه تكثير
حق الورثة الثابت باثبات الله تعالى اولان حق الورثة ثابت بيقين
ووقع الشك في البطلان فلا يبطل بالشك وفي الحمل على الغير تكثير حق
الموصى له وتقليل حق الورثة الثابت باثبات الله تعالى واثبات حق
الموصى له بالشك فحمل على المعيار لهذا وحرف المسألة ان الوصية بقدر
الثلث لا يتوقف نفاذها على الاجازة لانه يتصرف في حقه وفيما زاد عليه
يتوقف على اجازتهم لانه يتصرف في حقهم والاصل فيه ما روي عن سعد بن
مالك رضي الله عنه انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اوصي بمالي كله قال
عليه السلام لا قال فبنصفه قال لا قال فبثلثه قال عليه السلام الثلث
والثلث كثير لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس
افاد الحديث ان الوصية باكثر من الثلث لا تجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم
جعل الثلث كثيرا في منع الزيادة وجعله قليلا في حق الجواز اذا عرفنا هذا
قال محمد رحمه الله رجل مات وترك ابنتين وعما واوصى لرجل بنصيب بنت
فالوصية باطلة اجازت الورثة او لم يجيزوا لانه اوصى بنصيب بنت موجودة
لا بعينها لان اللفظ بحقيقته يتناول الموجودة ونصيبها فلا ينصرف الى المعدومة
ولا الى مثل نصيب البنت لانه ليس بمذكور ولا دل عليه المذكور فاذا انصرفت
اليه لم تصح الوصية لما قلنا ولا تعمل الاجازة فان قيل اذا اجازت الورثة
وجب ان تصح لانها لم تصح لما فيها من ابطال ملك البنت وقد رضيت كما لو اوصى
لاجنبي بجميع ماله واجازت الورثة وكما لو اوصى لبعض الورثة واجاز الباقون
او اوصى بثلثي ماله واجازوا قيل له التصرف انما يتوقف على اجازة الغير
وينفذ باجازته اذا كان من توقف التصرف على اجازته معلوما كما في
بجميع المال او للوارث والقاتل وهنا مجهول لانها توقف على اجازة على
اجازة احدى البنتين ولان الوصية بجميع المال وصية بملك الا انه تعلق به حق
الورثة لان المال ملكه في الحال وتصرفاته فيه نافذة اما الوصية بنصيب الوارث

وصية بملك الغير لان التركة انما تصير نصيب الوارث بعد الموت فيكون وصية
بملك الوارث فان قيل على الوجه الاول لو اجازتا وجب ان يجوز قيل له لا
يجوز لانها لو نفذت نفذت على احدهما لانه اوصى بنصيب احديهما ولا ندري
من جهة ايهما تنفذ الوصية حتى يترتب حكم النفاذ في نصيبها وحكم البطلان
في حق الاخرى حتى لو قال اوصيت بنصيب هذه الابنة لواحد بعينها فاجازت
بعد موته يصح ويكون هبة منها لانه اضاف الوصية الى نصيبها فتنفذ منها
كما لو اوصى بمال اجنبي لرجل ثم مات الموصي فاجاز صاحب المال الوصية
صحت ويكون هبة من صاحب المال للموصى له فان قيل وجب ان تنصرف
هذه الوصية الى نصيب الابنة المعدومة او الى مثل نصيب الابنة الموجودة
تصحيحا للوصية قيل الابنة اسم للموجودة فلا يتناول المعدومة لا حقيقة
ولا مجازا واذا اوصى بنصيب بنت معدومة يقدر موجودة لتصحيح الوصية
والابنة هنا موجودة فلا يمكن التقدير ولا يمكن ان تصرف الى مثل نصيب
البنت لان الوصية بنصيب البنت غير الوصية بمثل نصيب البنت على ما بينا
فلا يكون تصحيحا للمذكور ولو قال بمثل نصيب بنت فللموصى له الربع اجازت
الورثة او لم يجيزوا اما الجواز فلانه لم يوص بنصيب البنت حتى يكون موصيا
بملك الغير وانما اوصى بملك نفسه واما عدم اشتراط الاجازة فلان هذه
وصية بما دون الثلث فلا تتوقف على الاجازة وبيانه انا نزيد على الابنتين
بنتا اخرى لان اسم البنت ينصرف الى البنت الموجودة وقد اوصى بمثل نصيبها
فكانه اوصى بمثل نصيب احدى ابنتيه هاتين فناخذ الفريضة التي تستقيم
على الورثة وذلك ثلثة فلكل بنت سهم وذلك ثلثان وللعم سهم وذلك
الثلث فاذا ظهر نصيب البنت الواحدة نزيد ذلك على اصل الفريضة لانا متى
لم نزد ذلك واعطينا للموصى له سهما من ثلثة يبقى سهمان فيكون للبنتين
من ذلك الثلثان والباقي للعم فيصيب كل بنت ثلثا سهم وقد اصاب الموصى له سهما
كاملا وهذا لا يجوز فلهذا زدنا سهما على اصل الفريضة فصار المال اربعة
ولانه اوصى له بمثل نصيب البنت بعد تنفيذ الوصية وذلك سهم من ثلثة فيزاد

سهم على اصل الفريضة فصار اربعة سهم للموصى له يبقى ثلثة لكل بنت سهم
وللعم سهم واذا ظهر ان هذه وصية بربع المال لا يحتاج الى الاجازة ولو اوصى
بنصيب ابن فان اجازت الورثة فللموصى له نصف المال وان لم يجيزوا فله الثلث
اما جواز الوصية فلانه ما اوصى بملك الابن لانه معدوم بل اوصى بملك نفسه
وجعل نصيب الابن معيار الوصية كانه قال اوصيت لك بنصيب ابن لو كان
بخلاف ما لو كان الابن موجودا لان اسم الابن يتناول الموجود وان كان قد
يستعمل في المعدوم لانه حقيقة في الموجود لوجود معنى البنوة فيه واما للموصى له
النصف ان اجازت الورثة لان العم محجوب بالابن ونصيب الابن النصف ونصيب
البنتين النصف ولا شي للعم فيعطى للموصى له النصف والنصف الباقي بين
البنتين والعم اثلاثا لان القسمة بين الورثة بعد تنفيذ الوصية فصار هذا النصف
على ثلثة واذا صار هذا النصف ثلثة صار نصيب الموصى له ايضا ثلثة فصارت
الفريضة من ستة للموصى له النصف ثلثة ولكل بنت سهم وللعم سهم او نقول
ناخذ الفريضة من اثنين سهم للموصى له يبقى سهم بين البنتين والعم اثلاثا لا يستقيم
ضربنا ثلثة في اصل المسئلة فصار ستة وان لم يجيزوا فللموصى له الثلث والفريضة
من تسعة لان اصل الفريضة من ثلثة سهم للموصى له يبقى سهمان لا يستقيم على
البنتين والعم اثلاثا ضربنا ثلثة في اصل المسئلة وذلك ثلثة فصار تسعة ثلثة
للموصى له ولكل بنت سهمان وللعم سهمان فرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة
الاولى فان ثمة صحح الفريضة على الورثة الموجودين ثم زاد نصيب الموصى له على
اصل الفريضة وهنا لم نصحح عند الاجازة بل قدر الابن موجودا وجعل العم محجوبا
به لان هنا اوصى بنصيب من يحجب العم فلا يمكن تصحيح الفريضة بين البنت والعم
وزيادة نصيب الابن عليها لان الزيادة على الشي تقتضي تقرير المزيد عليه والعم
لا يرث مع الابن وفيما تقدم اوصى بنصيب من لا يحجب الوارث الموجود فامكن
ان يجعل الوصية زيادة على الفريضة ولو اوصى بمثل نصيب ابن لو كان
فللموصى له الثلث اجازت الورثة او لم يجيزوا والفريضة من تسعة لانه اوصى
بمثل نصيب ابن فلا بد من ان نزيد على عدد الورثة ابنا حتى يظهر مثل نصيبه

فصار كانه ترك ابنا وابنتين وعما فيكون للابن النصف وللابنتين النصف
والباقي للعم وحق الموصى له في نصيب الابن فيزداد مثل نصيب الابن وذلك سهم
على سهمين فصار ثلثه للموصى له سهم يبقى سهمان ثلثاه للبنتين وثلثه للعم
كان ثلث المال هذا فانكسر بالثلث فاضرب مخرج الكسر وذلك ثلثه في اصل الفريضة
فصار تسعة كان للموصى له سهم ضربناه في ثلثه وللورثة سهمان ضربناهما في ثلثه
فصار ستة فالثلثان وذلك اربعة للبنتين والباقي وهو سهمان للعم ولو قال
بنصيب بنت لو كانت فللموصى له تسعا المال اما جواز الوصية فلان البنت
لو كانت معدومة واما للموصى له تسعا المال فلان الفريضة من سبعة وعشرين
سهما للموصى له ستة ولكل ابنة سبعة وللعم سبعة لانه جعل البنات ثلثة فكان
لهن الثلثان والباقي للعم فيكون الفريضة من ثلثة ثلثاه وذلك سهمان
للبنات على ثلثه لا يستقيم عليهن فانكسر بالثلث فاضرب مخرج الكسر وذلك
ثلثه في اصل الفريضة وذلك ثلثه فصار تسعة للبنات الثلثان وذلك
ستة فيكون نصيب الابنة لو كانت سهمان من تسعة فنصيب الموصى له تسعي
المال فيعطى له نصيبه يبقى سبعة بين الابنتين والعم اثلاثا فانكسر الثلث فاضرب
مخرج الكسر وذلك ثلثه في اصل المسئلة وذلك تسعة فصار سبعة وعشرين
كان للموصى له سهمان ضربناهما في ثلثه فصار ستة وهو تسعا سبعة وعشرين
يبقى احد وعشرون بين الابنتين والعم اثلاثا ثلثاه وهو اربعة عشر للبنتين
لكل واحدة سبعة وللعم سبعة فان قيل قد اوصى بنصيب البنت ونصيب
البنت هنا سبعة من سبعة وعشرين ونصيب الموصى له ستة من سبعة وعشرين
فيكون نصيبه اقل من نصيب البنت قيل له الموصى ما اوصى له بنصيب البنتين
الموجودتين وانما اوصى له بنصيب لو كانت ثمة ابنة ثالثة كان
لكل واحدة تسعي المال فوقعت التسوية بين الموصى له وبين الابنة فيما اعتبر
الموصى وانما يظهر التفاوت بعد ذلك باعتبار القسمة الثانية اما بحكم
القسمة الاولى فنصيب الموصى له نصيب ابنة لو كانت فان قيل ذكر محمد
رحمه الله في اول الباب اذا اوصى بمثل نصيب ابنه فللموصى له سهم من اربعة

وهنا ذكر ان له تسعا المال ولا فرق بين المسئلتين الا ان الوصية بنصيب ابنة
لو كانت والوصية مثل نصيب الابنة سواء الا ترى انه لو ترك ابنين واوصى
لرجل بمثل نصيب ابن او اوصى بنصيب ابن لو كان كانا سواء ويعطى
للموصى له ثلث المال في الحالين فوجب ان يستوي في هاتين المسئلتين ايضا
قيل له ذكر الجصاص عن القاضي ابي حازم انه لا فرق بين المسئلتين عند ابي
يوسف رحمه الله وفي مسئلة اول الباب يعطى للموصى له تسعي المال ستة
من سبعة وعشرين ايضا فلا يحتاج الى الفرق والفرق لمحمد رحمه الله انه متى
اوصى بمثل نصيب ابنه لا يحتاج الى ان يزيد بنتا اخرى لكن يأخذ اصل
الفريضة التي يستقيم بين البنتين والعم وذلك ثلثه فيزيد عليه سهما فيصير اربعة
وكان للموصى له الربع وهو ما ذكرنا فاما اذا اوصى بنصيب ابنة لو كانت
لا يمكن الصرف الى ابنة موجودة لانه نص على خلافه فكان موصيا له بنصيب
ابنة معدومة فيحتاج الى ان يزيد على الابنتين بنتا ثالثة ثم يأخذ فريضة
يستقيم بينهم فصار كان الميت ترك ثلث بنات وعما فصارت الفريضة من ثلثه
صارت تسعة ثم سبعة وعشرين كما قلنا فاما مسئلة الابنين لما اوصى بنصيب
ابن لا يزيد ابنا اخر لانه موجود فيأخذ فريضة يستقيم بين الابنين وذلك سهمان
فنظر الى نصيب احدهما سهم فزدنا سهما فصار ثلثه فاعطينا سهما للموصى له
كما فعلنا في مسئلة اول الباب واذا اوصى بنصيب ابن لو كان موصيا بنصيب
ابن معدوم فزدنا ابنا كان الميت ترك ثلث بنين كما فعلنا في هذه المسئلة
فناخذ اصل الفريضة التي يستقيم على ثلثه وذلك ثلثة اسهم فنظر الى نصيب
ابن لو كان سهم من ثلثه وقد اوصى له بمثل ذلك فيكون للموصى له ثلث المال
في الحالين فلهذا اتحد الجواب عند التخريج في مسئلة الابن ويختلف في مسئلة البنت
وذكر في الزيادات رجل مات وترك ابنا واما واوصى لرجل بنصيب ابنة لو كانت
فالوصية من سبعة عشر سهما خمسة للموصى له وسهمان للام وعشرة للابن ووجهه
انه لو لم يكن هنا وصية كانت المسئلة من ستة سهم للام وخمسة للابن فاذا اوصى
بنصيب بنت لو كانت ونصيب البنت نصف نصيب الابن يزاد على الفريضة

سهمان ونصف فيصير ثمانية ونصف فنضعفه للكسر فيصير سبعة عشر
للموصى له خمسة بقي اثنا عشر تعتبر سهام الميراث فيما بقي فيقسم بينهما اسداسا
وهذا التخريج يوافق تخريج مسئلة اول الباب وعلى قياس التخريج الثاني
ينبغي ان يكون للموصى له خمسة من ثمانية عشر لان البنت لو كانت موجودة كان
الفريضة من ستة سهم للام وخمسة بين الابن والبنت اثلاثا لا تستقيم فضربنا
ثلثة في اصل المسئلة وذلك ستة فيصير ثمانية عشر للبنت خمسة وللام ثلثة
وللابن عشرة قالوا وما ذكر في الزيادات قول محمد واحدى الروايتين عن ابي
يوسف وما ذكر في الجامع الرواية الاخرى عن ابي يوسف وقيل ما ذكر
في الجامع جواب القياس وما ذكر في الزيادات جواب الاستحسان والاصح
ما ذكر في الزيادات لانا لو قسمنا على ثمانية عشر واعطينا خمسة للموصى له يبقى
ثلثة عشر لو اعطينا للام سدس جميع المال ثلثة لا يبقى للابن خمسة اسداس
المال بل يبقى له عشرة من ثمانية عشر فيكون ضرر الوصية على الابن خاصة وقسمة
المال بين الام والابن اسداسا ثابتا بالكتاب فلا يجوز تغييرها ولان سهام
الورثة تعتبر بعد تنفيذ الوصية بالنص والاجماع وفي هذا اعتبار سهام
الام قبل الوصية ولو قسمنا ثلثة عشر بين الام والابن اسداسا يكون للابن
عشرة اسهم وخمسة اسداس سهم فلا يكون الخمسة نصف نصيب الابن
وانه خلاف ما ثبت بالكتاب وخلاف ما اوجبه الموصي فلهذه الضرورة جعلنا
المسئلة من سبعة عشر ولو مات عن امراة وابن واوصى لرجل بنصيب ابن اخر
لو كان واجازت الورثة فللموصى له سبعة من خمسة عشر وللمراة سهم وللابن سبعة
لان اصل الفريضة من ثمانية سهم للمراة وسبعة للابن ثم يزيد للموصى له مثل نصيب
الابن سبعة فيكون خمسة عشر وكانت الوصية اكثر من الثلث فلهذا قال واجازت
الورثة وهذا على جواب الاستحسان اما على جواب القياس المسئلة من ستة
عشر وللموصى له سبعة كما لو مات وترك ابنين وامراة وجه الاستحسان ما ذكرنا
انا لو جعلنا الفريضة من ستة عشر واعطينا للموصى له سبعة يبقى تسعة فاما ان يكون
للابن سبعة وسبعة اثمان وللمراة سهم وثمن او للابن سبعة وللمراة سهمان

وكل واحد منهما لا يجوز وكذا لو ترك امراة وابنا واوصى لرجل بمثل نصيبه
لان الوصية بمثل نصيب ابن قائم والوصية بنصيب لو كان سواء ولو كان
البنون ثلثة كان لكل ابن ثلث المال استشهد رحمه الله فقال الا ترى انه لو ترك
ابنين واوصى لرجل بثلث ماله واوصى لاخر بنصيب ابن ثالث لو كان وردت
الورثة لم يجيزوا كان للابنين ثلثا المال والثلث بين الموصى لهما نصفين
لان الوصية بنصيب ابن ثالث لو كان وصية بثلث المال لان نصيبه ثلث المال
فاستويا وهذا قول محمد رحمه الله اما عند ابي يوسف رحمه الله يقسم الثلث
بينهما اخماسا ثلثة الاخماس للموصى له بالثلث وخمساه للاخر لانه لو اجيزت
الوصيتان كان للموصى له بالثلث ثلث المال ثم يكون الباقي بين الابنين
اثلاثا فيصير المال اتساعا للموصى له بالثلث ثلثة ولكل ابن سهمان فيتضاربان
بذلك عند عدم الاجازة وانما استشهد محمد رحمه الله بهذا البيان ان الوصية
بنصيب ابن لو كان وصية بمثل نصيب الابن القائم ثم فرع على مسئلة الاستشهاد
فقال لو اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بمثل نصيب ابن ثالث لو كان ولم يجز الورثة كان
الثلث بينهما على خمسة لانه قدر نصيب ابن ثالث سوى حصة من الابن الثالث
ولو كان البنون ثلثة كانت المسئلة من تسعة ثلثة للموصى له ولكل ابن سهمان على ما
ذكرنا والصحيح في هذا ما روى عن محمد رحمه الله في النوادر ان الثلث يكون
بينهما اسباعا اربعة اسباعه للموصى له بالثلث وثلثة اسباعه للاخر لان صاحب
الثلث لو انفرد بالوصية كان له ثلث المال والاخر لو انفرد كان له ربع المال
لانه يقدر الابن الثالث موجودا ثم يزاد على الثلثة مثل نصيب احدهم فيصير من
اربعة مثل الذي عين وكل مال ضم اليه مثل ثلثه كان المضموم ربعه فكانت
وصيته بربع المال فيحتاج الى حساب له ثلث وربع واقله اثنا عشر فيضرب صاحب
الثلث في اربعة وهو الاخر في ثلثة فيتضاربان بذلك عند عدم الاجازة وعلى
قول ابي يوسف رحمهما الله يقسم الثلث بينهما اثلاثا لانه لو اجيزت الوصية
لهما كان للموصى له بالثلث اربعة من اثنى عشر ويقسم بين الابنين الاربعة لكل
ابن سهمان فيكون للموصى له بالنصيب سهمان من اثنى عشر وللابن اربعة

فلهذا انقسم اثلاثا بخلاف الوصية بنصيب ابن ثالث لان ذلك وصية بالثلث
على ما ذكرنا ولانه لما اوصى بنصيب ابن ثالث فقد سوى بينه وبين كل واحد من
الابنين اما اذا اوصى بمثل نصيب ابن ثالث فما سوى بينه وبين احد ابنيه وانما سوى
بينه وبين الثالث فمحمد رحمه الله اعتبر في هذه المسائل حالة الاجتماع بحالة
الانفراد وابو يوسف رحمه الله اعتبر حال عدم الاجازة بحالة الاجازة واوضح
محمد رحمه الله الفرق بين الوصية بنصيب وارث معدوم وبين الوصية بمثل نصيب
وارث معدوم فقال الا ترى انه لو ترك ابنين واوصى لرجل بنصيب ابن ثالث
ولم يجز الابنان كان للموصى له ثلث المال ولو اوصى له بمثل نصيب ابن ثالث
كان له ربع المال ولو ترك بنتا واحدة وعما وابن عم او عصبة لعم مثل الاخ او ابن
الاخ واوصى لرجل بنصيب ابن جازت الوصية ويكون للموصى له ثلثا المال
ان اجازت الورثة والثلث بين البنت والعصبة نصفان اما جواز الوصية
فلما ذكرنا واما للموصى له الثلثان فلانا نجعل كانه مات وترك ابنا وبنتا وعما
يكون للابن الثلثان وللبنت الثلث ولا شيء للعم فظهر انه اوصى له بثلثي المال
فاذا اجازا نفذ وكان للموصى له سهمان من ثلثه وسهم بين البنت والعم لا
يستقيم فضعفنا فصار ستة اربعة للموصى له وسهم للبنت وسهم للعم ولو
لم يجز الورثة كانت الفريضة من ثلثه لان الوصية ترد الى الثلث فيكون المسئلة من ثلثه
سهم للموصى له وسهم للبنت وسهم للعم ولو اوصى له بمثل نصيب ابن فللموصى
له خمسا المال ان اجازت الورثة والفريضة من عشرة لانا قدرنا ابنا وبنتا فكان
للابن سهمان وللبنت سهم ثم نزيد مثل نصيب الابن وذلك سهمان لان مثل
الشيء غيره فصار خمسة للموصى له سهمان بقي ثلثه بين البنت والعم لا يستقيم فضربنا
اثنين في اصل المسئلة وذلك خمسة فصار عشرة اربعة للموصى له وهما خمسا
العشرة وثلثه للبنت وثلثه للعم وان لم يجيزوا فله الثلث لما ذكرنا استشهد
رحمه الله فقال الا ترى انه لو ترك ابنين واوصى بمثل نصيب ابن رابع لو كان
كان للموصى له خمس المال وما بقي فهو بين الابنين لان مثل الشيء غيره فكان
غير نصيب الابن الرابع ولو اوصى له بنصيب ابن رابع كان له الربع لانه اوصى

له بنصيبه لا بمثل نصيبه ولو ترك اخا واختا واوصى لرجل بنصيب ابن لو كان
واجازا فان للموصى له جميع المال لانه مقدار الابن موجودا او لو كان موجودا كان
له الكل وان لم يجيزا فله الثلث ولو اوصى بمثل نصيب ابن لو كان واجازا فللموصى
له نصف المال لانه نقدره موجودا ثم نزاد عليه مثل نصيبه وكل شيء زيد عليه
مثله كان الزائد نصف الجملة فيكون له النصف والباقي بينهما وان لم يجيزا فله
الثلث ولو ترك بنتا واختا واوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت واجازا
او لم يجيزا فله الثلث لانه اوصى بنصيب وارث لا يحجب الموجود فتصح الفريضة
بين الوارثين بالنصف ثم نزاد مثل نصيب البنت وذلك سهم فتصير بثلثه
للموصى سهم ولو لم تصح الفريضة اولا لكن نقدر البنت الاخرى موجودة فكذلك
كانه مات وترك ابنتين واختا ولو اوصى بمثل نصيب ابنة لو كانت كان له
الربع ونجعل كانه مات وترك بنتين واختا فيكون المسئلة من ثلثه ثم نزيد عليها
مثل نصيب احدى البنتين لان مثل الشيء غيره فيصير اربعة وهذا باتفاق
الروايات ولو اوصى بنصيب بنت ثالثة فكذلك على جواب الزيادات
لانه لما اوصى بنصيب الثالثة والثالثة لا تتصور بدون الثانية فقد ترك نصيب
البنت الاولى والثانية للورثة فنجعل كانه مات عن بنتين واخت فيكون المسئلة
من ثلثه ثم نزاد عليها نصيب الثالثة فيصير هي عين مسئلة اول الباب فلا فرق
بين الاخت والعم لانها عصبة مع البنات وعلى رواية الجامع له تسعا المال
كانه مات عن ثلاث بنات واخت اذ لا فرق بين ابنتين واخت او بين ابنتين
وعم ولو ترك اباه وابنا واوصى لرجل بنصيب ابن لو كان او بمثل نصيب ابنه
فان اجازا كان للموصى له خمسة من احد عشر لان المسئلة من ستة سهم للاب
وخمسة للابن ثم نزاد على الفريضة مثل نصيب الابن وذلك خمسة فيصير احد عشر
وهذا على رواية الزيادات اما على رواية الجامع له خمسة من اثني عشر كانه مات
وترك ابنين واباه وان لم يجيزا كانت المسئلة من تسعة على الروايتين لان الوصية
تقدر بالثلث بعدم الاجازة فيعطى له الثلث والباقي بينهما على قدر حقيهما فرع
في الزيادات فقال ان اجاز الاب وان لم يجز الابن فيقول عند عدم الاجازة

له ثلث من ثلثه وعند اجازتهما خمسة من احد عشر فانكسر تسعة في احد عشر
فصار تسعة وتسعين ثلثه ثلثة وثلثون في حال عدم الاجازة له الثلث وحالة الاجازة
خمسة من احد عشر فانكسر خمسة في احد عشر فصار خمسة وخمسين فاما سلم له
باجازتهما اثنى عشر سهمان من حصة الاب وعشرة من حصة الابن فاذا اجاز
احدهما ضم الى ثلث المال ما يحصل له باجازته ان اجاز الاب كان له خمسة وثلثين
وان اجاز الابن كان له ثلاثة واربعين ثم سال في الكتاب على نفسه سوالا فقال
اذا اجاز الابن ينبغي ان يجمع بين نصيبه ونصيب الموصى له ويقسم بينهما نصفين
لانه قام مقام ابن اخر وان اجاز الاب يضم ثلث المال الى نصيب الاب ثم يقسم
بينهما اثلاثا لان الموصى له قام مقام ابن اخر وهو كل واحد من الابنين كان في الثلث
وهو الاب في السدس ثم اجاب فقال الموصى اوصى له بنصيب الابن من جميع المال
لا من نصيب الابن خاصة فلو قسمنا على ما قلتم كان يستفيد الوصية من حصة بعض
الورثة وانه لا يجوز استشهد رحمه الله فقال الا ترى انه لو ترك ابنين واوصى لرجل
بمثل نصيبهما فان اجازا كان للموصى له النصف لانا نجعل المال بين الابنين على
سهمين ثم نزيد مثله فصار اربعة فكان له نصف المال ولو لم يجيزا فله الثلث ولو
اجاز احدهما دون الاخر فنقول عند عدم الاجازة له سهم من ثلثه وعند الاجازة
سهمان من اربعة فنضرب ثلثه في اربعة فصار اثنى عشر له عند عدم الاجازة اربعة
وعند الاجازة ستة فايهما اجاز اخذ سهما من نصيبه فيصير له خمسة وللمجيز ثلثه
ولغير المجيز اربعة وان مات وترك ابنين واوصى لرجل بثلث ماله وللاخر بنصيب
ابن ثالث او بنصيب احد ابنيه فان لم يجيزا فعند ابي يوسف رحمه الله يقسم الثلث بمثل حم
بينهما على خمسة لانه يعتبر حال عدم الاجازة بحالة الاجازة وعند محمد رحمه الله
نصفان لانه يعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد على ما ذكرنا فان اجازا وصية
صاحب الثلث كان له ثلث المال وللاخر مثل ما يكون له في حال عدم الاجازة للموصى
وجعل في حقه كانهما لم يجيزا للاخر فعند ابي يوسف رحمه الله حال عدم الاجازة
للموصى له بالنصيب سهمان من خمسة عشر فيعطى لصاحب الثلث الثلث وللاخر
سهمان من خمسة عشر ولكل ابن اربعة وعند محمد رحمه الله حال عدم الاجازة لكل

واحد السدس فلصاحب الثلث الاجازة وللاخر سدس المال والنصف بين
الابنين وان اجازا للموصى له بالنصيب على قول ابي يوسف للموصى له بالثلث
ثلثه من خمسة عشر وللموصى له بالنصيب ثلث ما بقي اربعة لان حقه عند الاجازة
في ثلث ما بقي وعند محمد رحمه الله للموصى له بالثلث سدس المال ثلثه من ثمانية عشر
والباقي بين الابنين والموصى له بالنصيب اثلاثا لان عنده حق الموصى له بالثلث
عند عدم الاجازة في السدس فيعطيه اسداس المال بينهم اثلاثا فانكسر بالاثلاث
ضربنا اصل المال وهو ستة في ثلثه فصار ثمانية عشر للموصى له بالثلث ثلثه وللاخر
ثلثه ونصفها الحكم في حق الابنين ويقسم بينهما اثلاثا لانهما لما اجازا وصيته
كان نصيبه مثل نصيب كل واحد منهما ولو اجاز احدهما للموصى له بالنصيب نظر
الى حالة الاجازة وعدمها ولهما في حالة الاجازة خمسة من ثمانية عشر وحال عدم الاجازة
السدس ثلثه من ثمانية عشر فانما اخذنا باجازتهما سهمين فاذا اجاز احدهما اخذ
سهما من نصيب المجيز فيكون له اربعة من ثمانية عشر وروى بشر في الامالي عن ابي يوسف
رحمهما الله رجل ترك ابنين واوصى لرجل بنصف ماله وللاخر بمثل نصيب احدهما
ولم يجز الورثة يضرب الموصى له بالنصف في الثلث بنصف المال والاخر بسعي
وجهه ان الوصية للاجنبي بقدر الثلث تقدم على الميراث ولا تتوقف على
الاجازة فيقسم الثلث بينهما على قدر حقوقهما وعنده لا يبطل حق الضرب بالوصية
بعدم الاجازة فيضرب بالنصف وهو الاخر في مثل نصيب احد الابنين ونصيب
الابنين ثلثا المال وهو الموصى له مثل هو احدهما فصار الثلثان بينهم اثلاثا
يحتاج الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث واقله تسعة هو الموصى له بالنصف
في نصف اربعة ونصف وهو الاخر في ثلث الثلثين وذلك سهمان فنضرب
كل واحد منهما بحقه في الثلث وان اجازا وصيتهما ياخذ صاحب النصف اربعة
ونصف بتمام حقه والاخر سهمان بتمام حقه وبقي للابنين سهمان ونصف ولو اوصى
لرجل بمثل نصيب احد الابنين وللاخر بمثل نصيب الاخر فان اجازا كان لهما
نصف المال وللابنين نصف المال لان بمثل الوصية نصيب كل ابن سهم من سهمين
فاذا اوصى بمثله وبمثل الثاني صار نصيب كل ابن سهمين وصار المال

اربعة لكل واحد ربع المال وان لم يجيزا فالثلث بينهما وان اجاز احدهما
فله الربع اعتبارا لوجود الاجازة لهما وللذي لم يجز السدس اعتبارا لعدم
الاجازة وان اجاز احدهما دون الاخر فللذي اجاز ربع المال اعتبارا باجازتهما
وللذي لم يجز الثلث اعتبارا بعدم الاجازة

باب

كما يوجب الرجل على نفسه فيلزمه او لا يلزمه ان اصل الباب ان التعارض
متى وقع بين الدليلين يوجب التساقط ويصير كان لم يكن لانه لا يمكن العمل
بالدليلين منهما فان كل واحد منهما يدفع صاحبه ولا باخذهما لانه ليس احدهما
باولى من الاخر في حق العمل به فتساقطا ضرورة لتعذر العمل بهما او باحدهما
الا اذا كان الحكم مما يقبل الشركة فيعمل بهما في حق الحكم وان لم يعمل به في حق
السبب كما لو ادعيا نكاح امراة واقاما البينة لا يعمل بينتهما ولا ببينة احدهما
في حال حياتها ولو اقاما البينة بعد موتها يقبل بينتهما في حق الميراث هذا
اذا لم يكن لاحدهما ضرب رجحان على الاخر اما اذا كان لاحدهما ضرب رجحان
بدليل يوجب الترجيح سقط اعتبار المرجوح ويعمل بالراجح لان المرجوح لا يصلح
معارضا للراجح فبطل في نفسه كما لو ادعى اثنان دابة في يد رجل واقاما
البينة ووقت بينة كل واحد منهما وقتا فان كان سن الدابة مشكلا يقضي
بينهما وكذا اذا لم يوقتا وان كان سنها على غير الوقتين وعلم ذلك يقينا بطلت
البينتان للتيقن بكذبهما ومجازفتهما في الشهادة وان كان سنها موافقا لاحد
الوقتين يقضي له لترجح جانب الصدق في حقه وان كان التعارض بين الوصفين
سقطا وبقي الذات لان التساقط امر ضروري فيتقدر بقدر الضرورة ولا
ضرورة فيما لا تعارض فيه فيجب اعمال الدليل فيه فيسقط ما فيه التعارض
ويبقى ما وراءه وهو الذات هذا كما ذكر في الجامع الصغير لو كان غدا رمضان
فانا صائم منه وان كان شعبان فعن واجب اخر ان ظهر انه من رمضان وقع الصوم
عنه لان التنافي بين الجهتين فبطلت الجهتان وبقي اصل النية وصوم رمضان
يتادى بمطلق النية وان ظهر انه ليس من رمضان لا يقع عن الواجب الا انه بطلت
الجهة واصل النية لا يكفي لاسقاط الواجب وكذا لو شهد واحد انه طلق امراته

رجعية واخر انه طلقها بائنا يقضي بتطليقة رجعية للمنافاة
بين الوصفين فبطلا وبقي اصل الطلاق وحرف اخر ان صوم
رمضان او المنذور بعينه يتادى بمطلق النية وكذا صوم رمضان
يتادى بنية النفل وقضاء رمضان او المنذور بغير عينه او صوم
الكفارة او الحجة المنذورة او الواجبة قضاء لا يتادى الا بتعيين
النية وقال مالك رحمه الله ان كان يعلم ان اليوم من رمضان ونوى
النفل لم يكن صائما وان كان لا يعلم جاز صومه عن النفل لان الخطاب
بادا الفرض لا يتوجه عليه الا بعد العلم به وقال ابن ابي ليلى ان
كان يعلم ان اليوم من رمضان جاز صومه عن الفرض وان كان لا يعلم
به لم يكن صائما لان قصده عند عدم العلم كان الى اداء النفل والنفل
غير مشروع في هذا اليوم فهو كنية الصوم في الليل وانه لغو وعند
زفر رحمه الله ان نوى النفل لم يكن صائما وان اطلق فله فيه قولان
قال لان صفة الفرضية كاصل الصوم فكما لا يتادى اصل الصوم
الا بالنية فكذلك الصفة وبانعدام الصفة ينعدم الصوم ضرورة
وعلى هذا لو اطلق النية لا يجوز والثاني ان بنية النفل صار معرضا
عن الفرض لما بينهما من المنافاة فصار كانه ترك النية ولا يجوز لو
نصرنا باتصوم المشروع في هذا الوقت بنية النفل فانه لو اعتقد
المشروع فيه انه نفل يكفر وعلى هذا لو اطلق النية يجوز لانه ما صار
معرضا بهذه النية ولنا حديث علي وعائشة رضي الله عنهما انهما كانا
يصومان يوما من شعبان الشك وكانا يقولان لان نصوم يوما من
شعبان احب الينا من ان نفطر يوما من رمضان وانما كانا يصومان بنية
النفل اجماعا على انه لا يباح صوم يوم الشك بنية الفرض فلو لم يكن
عندهما يجوز الصوم عن الفرض واذا لم يكن لهذا التحرز منهما معنى
ثم هذا صوم عين فيتادى بمطلق النية كالنفل ومعناه انه هو المشروع
فيه وغيره ليس بمشروع اصلا والمتعين في زمان كالمتعين في مكان

وعند الاسلام يتادى مطلقا
ولا يتادى بنيه
النيه

فيثبتا وله اسم الجنس كما بينا وله اسم النوع ومعنى القربة في اصل الصوم
يتحقق لبقاء الاختيار للعبد فيه ولا يتحقق في الصفة اذ لا اختيار له فيها
ولا يتصور منه ابدال هذا الوصف بوصف اخر في هذا الزمان فيسقط
اعتبار نية الصوم ونية النفل لغو بالاتفاق لان النفل عبارة عن مشروع في هذا
الوقت والاعراض عن الفرض يكون منه للنفل فاذا الغى نية النفل لم يتحقق
الاعراض وهو نظير الحج على قوله وبه يبطل قوله انه لو اعتقد فيه انه نفل
يكفر وهذا لان النية شرطت لتعيين جهة العبادات في العمل اذ العمل قد يقع
عادة وقد يقع عبادة ومطلق النية كاف لهذا فانه يقطع التردد وكذا نية
النفل فبعد تعين جهة العبادة بعد ذلك انما تشترط لتمييز الجهة من الجهة
وهذا انما يحتاج اليه عند تعدد الجهات وتساويها فاما عند تغير المشروع
فلا حرج على هذا القضاء والنذور والكفارات لان المشروع في ذلك الزمان
متنوع وبعض الجهات يساوي البعض فلا بد من التمييز وافتقارهم الى
التعيين ما كان لاجل انه عبادة فانه خارج رمضان عبادة بمطلق النية
بل لم يجد عنه وعبادة الصوم في رمضان لا يكون الا فرضا بخلاف خارج
رمضان بخلاف الصلاة في اخر الوقت لان المشروع متعدد ولم يترجح صلاة الوقت
لان الوقت لما كان متسعا لها وللقضاء والنفل لم يترجح احدهما على الاخر فبعد
ذلك المنصوص جاز باجتهاده وفعل العبد لا يغير حكم الشرع ووضعه فبقي الحكم
على ما كان ويجوز لجميع الفرض مع عين اما هنا الحاجة الى تعيين الجهة لان
العباد يتصرف الى هاهنا ورب تعدد لم جهة اخرى وهذا لانه صار جانيا بالتاخير
الى هذا الوقت وليس اثر الجناية في سقوط ما كان واجبا عليه بل اثره في التغليظ
وهو كالكافر اذا اسلم في اخر الوقت ولم يبق من الوقت مقدار ما يمكنه اداء
الصلاة فيه وانه يجب عليه لانه جانيه التفريط الى هذا الوقت فعجز عن الاداء
لا يؤثر في عدم الوجوب اداء فيها هذا قال محمد رحمه الله رجل عليه عتق رقبة
من ظهار واخرى من قتل فاعتق رقبة عنهما لم يجز عن واحدة منهما ويكون تطوعا
لانه نوى شيئين متنافيين ولا رجحان لاحدهما على الاخر لان كل واحدة من الكفارتين

في الصوم على السواء ولا يمكن اثبات النصف عن كل واحد منهما لان
هذا النصف مما لا يمكن تكميله بالنصف الاخر فبطل فصار كانه لم
ينو الظهر والعصر جميعا تبطل النيتان كذلك هنا بخلاف ما اذا
اعتق نصف عبده لان اعتاق النصف عنهما اعتاق الكل عند ابي
حنيفة رحمه الله التكميل ممكن باعتاق النصف الثاني بخلاف ما اذا اعتق
نصف عبد مشترك وهو موسر لانه عتق النصف عليه وفسد النصف
الباقي على شريكه وما انتقص بسبب الفساد لم يكن على ملكه العتق
فلم يوجد اعتاق رقبة كاملة فلا يجوز ولو اعتق رقبة من ظهارين او
افطارين اجزاه عن احدهما استحسانا وبه اخذ علماؤنا الثلاثة رحمهم الله
ولم يجزه قياسا وبه اخذ زفر رحمه الله لانه لما نوى عنهما وقع عنهما
لانهما تعارضا ولا رجحان لاحدهما على الاخر فوقع عن كل واحد منهما
نصفه فلا يجوز كما لو اختلف الجنس وانا نقول ان نية التعيين في الجنس
المتحد لغو لانه لا يفيد لانه غير محتاج اليه فبقي اعتاق رقبة عن الظهارين فيجوز
لمن عليه قضاء ايام من رمضان فعليه نية الصوم عن القضاء وليس عليه
تعيين اليوم بخلاف كفارة الظهار مع القتل لان الجنس قد اختلف فاعتبر
نية التعيين فوقع عن كل واحد منهما عتق نصف العبد الا ترى انه لو كان
عليه صوم يومين احدهما من قضاء رمضان والاخر من نذر فصام يوما عنهما
لا يجزيه عن احدهما ويكون تطوعا لان الجنس قد اختلف فاعتبر نية التعيين
ولانه نوى شيئين احدهما نية اصل التكفير عن الظهار والثاني التكفير
عن المرايين والاول يحتاج اليه والثاني غير محتاج اليه الا لصحة التكفير
ولا لازالة الحرمة اما لصحة التكفير فانه لو اعتق رقبة عن الظهار ولم ينو
عن واحد منهما يصح واما لازالة الحرمة لانها لا تزول منهما سواء اعتق رقبة
عنهما او عن واحدة منهما لا بعينها فبقي ما هو المحتاج اليه ويلغو ما لا يحتاج
اليه فصار كانه اعتق رقبة عن كفارة الظهار ولم ينو الكفارة عنهما ولو كان
كذلك صح وكان له الخيار في صرف العتق الى ايتهما شاء بخلاف ما اذا اختلف

الجنس لانه نوى شيئين اصل التكفير وانه محتاج اليه ونوى عينهما وانه ايضا
محتاج اليه فانه لو نوى الكفارة ولم ينو عن القتل والظهار لا يسقط عنه كفارة
القتل والظهار واذا اعتبرتهما لو رفعت الرقبة الواحدة على الكفارتين
فصار معتقا عن كل كفارة نصف الرقبة رجل كبر ينوي الظهر والتطوع
اجزاه عن الظهر في قول ابي يوسف وبطلت نية التطوع وقال محمد رحمه الله
بطلت النية ولا يصير شارعا في احدهما ولذلك الصوم اذا كان عليه قضاء
يوم من رمضان فنوى من الليل ان يصوم غدا عن القضاء والتطوع فعند ابي
يوسف رحمه الله يصير صايما عن القضاء، وعند محمد رحمه الله يصير صايما
عن التطوع وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة مثل قول ابي يوسف ومحمد
رحمهم الله انه نوى شيئين متنافيين ولا مزية لاحدهما على الاخر وهما لا يجتمعان
بحال والشروع في كل واحد يصلح مبطلا للاخر فوجب ان يبطلا جميعا
كما لو نوى الظهر والعصر او الظهر من يومين او العصر من يومين وانما قلنا ذلك
لان بين الفرض والنفل تنافي فان الصلاة الواحدة لا تكون فرضا ونفلا ولا
رجحان لاحدهما على الاخر في الوجود ويصلح كل واحد منهما مبطلا للاخرى
لو طرأت احداهما على الاخرى فاذا قارنا اولى ان يمنع فيندفع نية الفرض
بنية النفل ونية النفل بنية الفرض فبقي التكبير بغير نية فلا يجزيه ثم فرق
محمد رحمه الله بين الصوم والصلاة فان في الصلاة قال بطلت النيتان ولا
يصير شارعا اصلا وفي الصوم قال يصير شارعا في التطوع والفرق ان
المنافاة بين الفرض والنفل في الصلاة ثابتة من كل وجه حتى ان الصلاة
الواحدة لا تكون فرضا ونفلا ولو اعترضت نية احدهما على الاخرى بطل الاولى
ويصير شارعا في الثانية سواء كان في الفرض فنوى فرضا اخر او نفلا او كان
في النفل فنوى فرضا او نفلا اما المنافاة بين صوم الفرض والنفل ثابتة من
وجه دون وجه حتى ان الصوم الواحد لا يكون فرضا ونفلا لكن لو اعترضت نية
احدهما على الاخر لا يبطل الاول ولا يصير شارعا في الثاني فاذا قارن لا يصلح
منافيا فلم يبطل النيتان باعتبار المنافاة لكن باعتبار ان اعتبارهما غير ممكن

فيلغو نية الجهتين ويبقى اصل النية وانه يكفي للتطوع ولانه لما كانت
المنافاة اقل قلنا يبطل الجهة ولا يبطل اصل النية لظهار لانحطاط
رتبة المنافاة وفي الصلاة يبطل النيتان اصلا ووصفا لقوة المنافاة
عملا بالدليل بقدر الامكان ولابي يوسف رحمه الله وجهان احدهما انه نوى
شيئين الا ان احدهما وهو نية الفرض محتاج اليه ونية التطوع لا لانه يصير
شارعا فيه بمطلق النية فيلغو ما لا يحتاج اليه ويعتبر ما يحتاج اليه كما لو باع
قلبا وعبدا بمائة درهم ونقد من الثمن بقدر القلب وافترقا فانه يصرف
المنقود الى حصة القلب لمكان الحاجة بخلاف ما نوى الفرض ثم نوى التطوع
حيث تعتبر نية التطوع حتى يصير شارعا فيه خارجا عن الفرض لان نية
التطوع في الاثنا تحتاج اليها الا ترى انه لو نوى الفرض ثم نوى اصل الصلاة
لا يعتبر خارجا عن الفرض وانما يعتبر خارجا اذا نوى التطوع لانا تيقنا
بدخوله في الفرض فلا نخرج بالشك ومطلق نية الصلاة كما يتناول النفل
يتناول الفرض اما في الابتدا نية التطوع غير محتاج اليها بدليل انه
لو نوى اصل النية صار شارعا في التطوع فاعتبرت هنا نية التطوع
فصار شارعا في النفل فيخرج من الفرض بخلاف الابتدا والثاني انه
نوى شيئين متنافيين الا ان لاحدهما رجحان وهو الفرض لانه اقوى
فغلب الاضعف كما قلنا في نكاح الحرة مع الامة اذا اجتمعا كان نكاح
الحرة اولى بالجواز وهذا لان الالغا انما يصار اليه للضرورة والضرورة
يندفع بالغا الادنى فاعتبر الاقوى كما لو احرم ينوي حجة الاسلام والتطوع
كان محرما عن الفرض لما قلنا وكذا لو وضعت جنازة بين يديه فكبر ينوي
الظهر وصلاة الجنازة ثم داخلا في شيء منهما عند محمد رحمه الله لان كل
واحد من الصلاتين ينقض الاخرى ولم يذكر قول ابي يوسف رحمه الله واختلف
المشايخ رحمهم الله على قوله قال بعضهم لا يصير شارعا في شيء منهما
لان نية صلاة الجنازة محتاج اليها فاعتبرت كنية الظهر فتعارضتا بخلاف
نية الظهر مع التطوع لان نية التطوع غير محتاج اليها وهو انشا ذلي

العلة الاولى وقال بعضهم يصير شارعا في الظهر وهو الاصح وهو الاشبه
الى العلة الثانية ان الظهر اقوى من صلاة الجنازة لان صلاة الجنازة ليست
بصلاة مطلقة وكانت تحريمة الصلاة المطلقة اقوى فيلغو نيته للادنى
ويعتبر نيته للاعلى ولو كبر على جنازة فاتيت باخرى ووضعت قدامه
بجنبها فان كبر الثانية ينوي الصلاة على الاولى او عليهما او لا نية له فهو
في الصلاة على الاولى على حالة يتمها ثم يستقبل الصلاة على الجنازة الثانية
لانه نوى ما هو موجود عند عدم النية يكون فعله ما هو مستحق عليه والمستحق
عليه اتمام الصلاة الاولى ولان بقاء التحريمة الاولى يمنع دخوله في
الثانية بخلاف ما اذا نوى في الابتداء الصلاة عليهما وان كبر ينوي
الصلاة على الجنازة الثانية فهو رافض للاولى شارع في الصلاة على
الثانية لان الصلاة على كل جنازة فرض على حدة ومن كان في فريضة
فكبر ينوي فريضة اخرى كان رافضا للاولى شارعا في الثانية رجل
شرع في الظهر ثم كبر ينوي التطوع فقد افسد الظهر ودخل في التطوع
وكذا لو كبر للتطوع ثم شرع في الظهر لان نية التطوع محتاج اليها فاعتبرت
بخلاف التطوع في الابتداء عند ابي يوسف رحمه الله على ما ذكرنا رجل
عليه ظهر وعصر من يومين لا يدري ايهما قبل ويدري فكبر لهما جميعا لم
يكن داخلا في واحد منهما عندهم جميعا اما على اصل محمد فلان كل واما
على اصل ابي يوسف فلان كل واحد من النيتين محتاج اليها وكل واحدة
منهما في القوة على السواء فاندفعت كل واحدة من النيتين بالاخرى بخلاف
ما اذا نوى التطوع والظهر وقالوا على قول ابي يوسف ينبغي ان يصير شارعا
في التطوع بنا على ما ذكرنا في كتاب الصلاة لان للصلاة جهة واصلا عند محمد
رحمه الله فاذا بطلت الجهة بطل الاصل وعند ابي يوسف رحمهما الله ببطلان
الجهة لا يبطل اصل الصلاة والتعارض هنا في الجهة فيبطل الجهة ويبقى اصل
النية كما في الصوم اصله ان يصلي الجمعة اذا خرج وقتها وهو في الصلاة ثم قهقه لا
تنتقض طهارته عند محمد رحمه الله لخروجه من الصلاة بفساد الجمعة بخروج وقتها ابي حنيفة صح

وعندهما يصير متطوعا فتنتقض طهارته بالقهقهة فيها وذكر
في نوادر الزكاة اذا ظن القوم ان الامام كبر فكبروا ولم يكن الامام كبر
فقهقه بعض القوم لا وضوء عليهم لانه لا يصح شروعهم في الصلاة
قبل الامام فضحكهم لم يصادف حرمة الصلاة وذكر في كتاب الصلاة
لو كبر القوم ثم كبر الامام ثم كبر القوم يكونوا شارعين في صلاة الامام
ويكون تكبيرهم هذا قطعا لما كانوا فيه وشروعا في صلاة الامام فهذا يدل
على انه يصير شارعا في الصلاة بالتكبير قبل تكبير الامام من اصحابنا
رحمهم الله من يقول موضوع المسألة هناك انه نوى اصل الصلاة ونوى
الاقتداء بالامام فصحت نية الصلاة ولم تصح نية الاقتداء فيكون شارعا
في صلاة نفسه وموضوع المسألة هنا انه نوى صلاة الامام ولم تصح نيته
حين لم يكبر الامام فلم يصر شارعا اصلا قال شمس الائمة السرخسي
رحمه الله والاصح انهما جائزة في كتاب الصلاة قول ابي يوسف وهو
احدى الروايتين عن ابي حنيفة رحمهما الله لان فساد الجهة عندهما لا يفسد
اصل الصلاة فلذلك في الابتداء وان لم تصح نية الجهة يبقى نية اصل الصلاة
وعلى قول محمد رحمه الله بفساد الجهة يفسد الاصل فلذلك ببطلان الجهة
يبطل نية الصلاة ولا يصير شارعا فيه وذكر في الزيادات لو ان زيادات صح
رجل لله علي ان اصلي ركعتين وقال الغير مثل ذلك فاقتدى احدهما بالاخر
جاز صلاة الامام دون المقتدي بها لتغاير الفرضين وكذا لو شرع رجل
في التطوع منفردا او شرع رجل اخر في التطوع منفردا ثم افسد ثم اقتدى احدهما
بالاخر في القضاء لا يجوز صلاة المقتدي واشار هنا الى انه لا يصير شارعا
في الصلاة حتى قال انه لو قهقه لم يكن عليه وضوء وهكذا ذكر محمد في باب الحدث
من الصلاة وقال في باب الاذان يصير شارعا في الصلاة تطوعا فقيل
ما ذكر هنا قول محمد رحمه الله بنا على ما ذكرنا وما ذكر في باب الاذان قولهما
لكن مع هذا لو قطع عندهما لا قضاء عليه بسبب هذا الشروع لانه شرع
مسقطا لا ملتزما وعلى هذا لو اقتدى بامام ينوي فرضا اخر او اقتدى

بصبي او محدث قال الصدر الشهيد رحمه الله والاعتماد على انه لا يصير
شارعا وعلى هذا لو افتتح العصر اول وقتها وهو ذاكر للظهر
لم يخرج من العصر ثم عند محمد رحمه الله لا يصير شارعا وعندهما يصير
يصير شارعا وذكر في باب الحدث اذا دخل في صلاة الامي تطوعا
او في صلاة امراة او جنب ثم افسدها على نفسه فليس عليه قضاؤها
لان شروعه لم يصح حين اقتدى بمن لا يصلح اماما له ولانه تمكن من اداء الصلاة
خلفه ووجوب القضاء بعد صحة الشروع وقيل يصح الشروع وانما لا
يلزمه القضاء لانه صار شارعا في صلاة لا قراءة فيها والشروع كالنذر
ولو نذر صلاة بغير قراءة لا يلزمه شيء الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله
رجل عليه قضاء يوم من رمضان واصبح ينوي الصوم عن القضاء والتطوع
اجزاه من القضاء في قول ابي يوسف وهو تطوع في قول محمد رحمه الله
على ما ذكرنا ولو صام يوما ينوي عن القضاء عن كفارة يمين لم يجز عن واحد
منهما وكان تطوعا لو افطر فيه قضاه اما عدم الجواز فلانهما استويا
في القوة واحتاج كل واحد منهما الى النية فتنافيا فلا يمكن اعتبارهما
فلم يجز عن واحد منهما واما صيرورته تطوعا لانه لما تنافت الجهتان بقي
نية اصل الصوم ويلزمه القضاء اذا افطر وقال بعضهم اراد به
قضاء اليوم الذي كان عليه قبل الشروع في هذا الصوم وهذا لا يصح
لانه علقه بالافطار في هذا اليوم وقضاء ذلك اليوم غير معلق بالافطار
في هذا اليوم لانه كان واجبا قبله ولم يصح نيته عن القضاء فيبقى القضاء
عليه كما كان وكان الاصح انه وجب عليه القضاء بسبب افطار هذا
اليوم فرق بينه وبينما اذا شرع في الصوم بنية الفرض على ظن انه عليه
ثم تبين انه ليس عليه فافطر حيث لا يلزمه شيء والفرق ان نية الفرض هنا
لغت من الابتداء لانه لا يمكن اعتبارها وكان المعتبر فيه نية اصل الصوم وهذا
التطوع من الابتداء وكان قاصدا التطوع من الابتداء فيلزمه المعنى
والقضاء بما التزم اما في الصوم المظنون بنية القضاء فقد صح وكان

قاصدا القضاء عليه لا التطوع فاذا ظهر انه لم يكن عليه شيء لو لانه
استرداد ما قضى كما في حقوق العباد وقد امكن الاسترداد بالافطار
ولو اصبح صائما عن يومين في قضاء رمضان او عن ظهارين اجزاه عن احدهما
لانه نوى شيئين احدهما يحتاج اليه وهو نية القضاء والعدد وهو نية
يومين فيلغو ما لا يحتاج اليه ويعتبر ما يحتاج اليه وكذا لو صام ثلاثة ايام
عن كفارة يمينين اجزاه استحسانا عن احدهما لما قلنا ولو تصدق
بصدقة يريد بها الزكاة والتطوع كانت من الزكاة في قول ابي يوسف
رحمه الله وهو من التطوع في قول محمد رحمه الله محمد رحمه الله الحق الصدقة
بالصوم لا بالصلاة لا بالصلاة لان نية كل واحد منهما اذا لا
تبطل الاخرى في الزكاة كما في الصوم بخلاف الصلاة وكان بطلان
الجهتين صيرورة اعتبارهما غير مفيد وعدم التمكن فيلغو نية الجهتين وبقي
اصل النية وانه يكفي للتطوع وعند ابي يوسف رحمه الله يكون عن الفرض
لانه اقوى واحتياجه الى النية وقوله يريد بها الزكاة والتطوع اراد به
انه نوى ان يكون كله زكاة وكله تطوعا اما اذا نوى ان يصح النية ويكون
نصفه زكاة ونصفه تطوعا لانه قابل للتجزي ولو نوى ان يكون عن زكاة
وكفارة ظهار لم يجز عن واحد منهما ويكون تطوعا اما على قول محمد رحمه الله
فلا اشكال واما على قول ابي يوسف فعلى قياس العلة الاولى ينبغي
ان يكون كذلك لان كلاهما يحتاج الى النية كما قلنا في صلاة الفرض مع
صلاة الجنازة وعلى قياس العلة الثانية ينبغي ان يقع عن الزكاة لانها
اقوى لانها وجبت بايجاب الله تعالى وهذا وجب بفعله ولو اهل بحجة
ينوي بها حجة الاسلام والتطوع فهي حجة الاسلام في القولين اما عند ابي
يوسف فلان الفرض اقوى واما عند محمد رحمه الله فلانه يبطل نية الجهتين
ويبقى اصل النية واصل النية يكفي لاداء حجة الاسلام كما في الصوم الا ترى
انه لو احرم بحجة ولم ينو شيئا كان عن حجة الاسلام لانه يتعين للفرض دلالة
لان الناس في العادة يحرمون بحجة الاسلام لان الانسان لا يخاطر بنفسه

وروحه وماله يجزيه التطوع مع قيام الفرض عليه وكانه نوى عن الفرض
دلالة بخلاف ما احرم بالحج تطوعا حيث لم يكن عن حجة الاسلام لانه وجد
الصريح بخلاف الدلالة قال محمد رحمه الله من قال بقول ابي يوسف ان
الصرف الى الفرض اولى لانه اقوى لا بد له ان يقول اذا قال لعبد الغير ان اشتريتك
فانت حر تطوعا ثم قال لئن اشتريتك فانت حر عن ظهاري فاشتراه انه يقع
عن الظهار لانه اقوى وهذا ليس بشيء وهذا لان المعلق بالشرط عدم
قبل الشرط فاقترنا عند وجود الشرط فصار كانه تكلم بهما عند وجود
الشرط ولو تكلم بهما عند وجود الشرط كان الفرض عنده اولى فكذا
هذا والجواب لابي يوسف رحمه الله انه لو قال ان اشتريتك فانت حر ونوى
التطوع والظهار معا جملة فاشترى يقع عن الظهار لما قلنا اما اذا نوى
التطوع اولا ثم الظهار وحدث النسيان على التعاقب وصحة نية التطوع
فانه يمين فاذا نوى الظهار بعد ذلك فقد اراد تغيير اليمين وانها لا
تقبل التغيير الا ترى انه لو اراد دفع اليمين لا يقدر فكذا اذا اراد تغيير
حاله ابطال من وجه وقوله المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط فلما
نعم ولكن على الوجه الذي تعلق وقد قررنا هذا في الايمان وهو نظير
ما لو قال لعبدي هذا غيره انه لفلان وكذبه صاحب اليد ثم اقر انه حر
ثم اشتراه يكون لفلان لا صدقه فلان كانه اقر له ثم اقر بحريته ولو اقر
انه حر ثم اقر انه لفلان ثم اشتراه يكون حرا ولا شيء لفلان رجل ظن
ان عليه صوم يوم من رمضان فاصبح ينوي قضاه ثم علم انه ليس عليه فالافضل
له ان يمضي فان افطر لا قضا عليه عند علمائنا الثلثة رحمهم الله وعند
زفر رحمه الله عليه القضا وكذا لو ظن ان عليه صلاة الفرض او كعتين اوجبهما
على نفسه فدخل فيهما ثم تبين انه ليس عليه ولو لم يحج على ظن انها عليه
عن حجة الاسلام او المنذورة ثم تبين انها ليست عليه مضى فيها ولزمته
وهي تطوع بالاتفاق وكذا لو تصدق على مسكين بزكاة ماله ينوي انها
عليه ثم تبين انها ليست عليه مضت الصدقة تطوعا وليس له ان يسترد

بالاجماع فلكن الطحاوي رحمه الله في الصلاة عن ابي حنيفة مثل قول
زفر ولذلك المكلف بالصوم اذا ايسر في خلال اليوم فالاولى ان يتم
صومه تطوعا وان افطر لا يلزمه القضا استحسانا وفي القياس يلزمه
وهو قول زفر رحمه الله له ان تعلق الشروع والالتزام في فعل صحيح
بدليل انه لولاهما يصح وصح الاقتدا به وان قهقه ينتقض وضوءه فيلزمه
التحرز عن ابطاله والقضا ان ابطله كما لو كان شروعه بنية النفل وكما
في الحج والصدقة بخلاف ما لو قضى الدين ثم تبين انه ليس عليه لان المؤدى
ليس بعمل لله تعالى وانما اداه عوضا عما عليه ليملك ما في ذمته وكان
معاوضة فاذا لم يسلم له المعوض رجع بالعوض ولنا ان عمله كان
في ادا الفرض اما في حق المكلف فقد كان واجبا عليه حتى شرع ظاهرا
وباطنا وكذلك في المظنون فان المرء يخاطب بما عنده لا بما عند الله تعالى
وذلك الفرض الذي شرع فيه فقد سقط عنه شرعا وانما بقي في النفل
نظير الذي شرع الايجاب عليه فالاولى له ان يتمه لكن لا يلزمه شيء ان لم
يتمه لان الواجب عليه التحرز عن ابطال عمله وهو لم يبطل الفطر لان
عمله كان في ادا الفرض دون النفل وهو نظير النفل المشروع في كل يوم
الاولى للمراد بانه ولا شيء عليه ان امتنع عنه ثم الشروع في كونه ملزما ليكون
اقوى من النذر واضافة النذر الى ما هو واجب لا ينعقد الايجاب فالشروع
اولى وهذا لانه لما شرع في الواجب فقد تعين هذا اليوم لما شرع فيه وله
ولاية التعيين فيما يرجع الى النفل على ما ذكرنا في الصوم فلا يبقى الزمان قابلا
للنفل كتعيين الله تعالى في رمضان كان يسعى لئلا يبقى مشغولا لكن
الشارع نظرله بانقلابه صائما نفلا وهذا يقتضي لزومه فعله عبادة
فيما له دون ما عليه بخلاف الحج فان ما لاجله من الفرض قد سقط بالتبين لكن
لم يخرج من الاحرام فالاحرام عقد لازم لا يخرج منه الا باداء الافعال الا ترى
انه لو فاته الحج لا يخرج منه الا باعمال العمرة وكذا الوافد الحج يمضي فيه حتى لو جنى
جناية بانه يلزمه مثل ما يلزم بالجناية الاولى بخلاف الصوم فانه يمكن

الخروج عنه ولو افسده لا يبقى له اثر فلزوم ما لا يمكن الخروج عنه لا يدل على
لزوم ما يمكن الخروج عنه ولان الحج عبادة العمر ولا يتوصل اليه الا باعتبار
مشاق وانفاق الاموال فقضى الشرع انه متى شرع فيه لزمه الاتمام ليحصل
له ثوابه نظرا له ثم اكد النظر بجعله باقيا فيه بعد الافساد واوجب عليه
اتمامه وقضاءه كل ذلك زجرا له على الافساد نظرا له ولا كذلك الصوم والصلاة
لتيسر الدخول فيه والاتيان به في كل وقت فلم يكن في معنى الحج وان احصر
في الحج المظنون فتحلل بالهدي فقد اختلف مشايخنا رحمهم الله منهم من قال
لا يلزمه القضاء لانه تم خروجه من الاحرام والاصح انه يلزمه القضاء لان الاحرام
في الاصل لازم والتحلل في الاحصار لدفع الحرج والمشقة عنه فيما وراء ذلك
يبقى صفة اللزوم معتبرا بخلاف الصدقة لانها تمت بالوصول الى الفقير فورا
به ثم اتم الصوم ثم تبين انه ليس عليه وفي هذا لا يمكن ابطاله ولو ان رجلا قضى
حجة الاسلام ثم اوجب على نفسه حجة ثم احرم ينوي الحجة التي اوجبها على نفسه
وتطوعا يكون عن التطوع عند محمد رحمه الله فرق بين هذا وبين ما لو نوى حجة الاسلام
والتطوع حيث يقع عن حجة الاسلام والفرق ان نية الجهتين بطلت عنده للتعارض
وبقي اصل النية الا ان اصل النية يكفي لاداء حجة الاسلام بحكم العرف فانصرف
المطلق اليه ولا يكفي لاداء الحجة المنذورة لانها غير متعينة لا نصا ولا عرفا فلا ينصرف
المطلق اليه وعند ابي يوسف رحمه الله يقع عن الحجة المنذورة ولو لم يحج حجة الاسلام
واحرم للتطوع فهو عما نوى في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة وهو قول
الشافعي رحمه الله انه يقع عن الفرض لان المتطوع احتاج الى النية فلغت نيته وبقي
الاحرام بلا نية فينصرف الى الفرض ولان النفل عبارة عن الزيادة ولا يتصور ذلك الا
بعد الاصل فلغت نيته وبقي الاصل وهذا لان نية النفل نوع سفه منه فيلحق
الحجر فتجعل نية النفل لغوا تحقيقا لمعنى الحجر فيبقى مطلق النية ويجوز ان يتأدى حجة
الاسلام بغير نية كما في المغمى عليه لو احرم عنه اصحابه فينبغي ان يقال في وجه
ظاهر الرواية ان وقت الفرض في الحج يسع لاداء النفل فلا يتأدى الفرض فيه
كالصلاة بخلاف الصوم فان وقته لا يسع لاداء النفل وهذا لان الحج عبادة

معلومة بالافعال لا بالوقت فكان الوقت ظرفا له لا معيارا وفي مثله لا يتميز
الفرض من النفل الا بالتعيين وقوله يتأدى بمطلق النية قلنا عندنا لا يتأدى
الا بالتعيين لكن التعيين تارة يثبت بالنص وتارة بالدلالة والتعيين في الحج ثابت
بدلالة العرف فالظاهر ان الانسان لا يتحمل المشقة العظيمة ثم يشتغل باداء النفل
مع بقاء الفرض عليه والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص كما في مشتري بدراهم مطلقة
وانما يعتبر العرف اذا لم يوجد التصريح بخلافه وما قال باطل على اصله بالصوم فانه
لا يلغى اعتبار نية النفل بل يجعله معتبرا في الاعراض عن الفرض والمغمى عليه اذن
لاصحابه بطريق الدلالة في الاحرام عنه فنزل ذلك منزلة الاذن افصاحا فانما يتأدى
له الحج بالنية ولو كان حج حجة الاسلام وينوي النذر يكون نفلا في المبسوط ه
رجل اهل بعمرتين معا فسار الى مكة ليقضيهما ثم احصر قال يبعث بالهدي
الواحد والاصل في هذه المسألة ان من احرم بعمرتين معا انعقد احرامه
لهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي رحمهما الله ينعقد احرامه
باحدهما لان الاحرام غير مقصود لعينه بل لاداء الافعال ولا يتصور اداء حجتين
في سنة واحدة ولا اداء عمرتين في وقت واحد والعقد اذا خلا عن مقصوده لا يكون
منعقدا اصلا فاذا خلا احد العقدين هنا عما هو مقصوده لم ينعقد الاحرام
الا باحدهما وقياسا بالصوم والصلاة فان من شرع في صومين في يوم واحد او
في صلاتين بتكبيرة واحدة لا يصير شارعا الا في احدهما وهذا على اصل الشافعي
رحمه الله واضح لان عنده الاحرام من الاركان ولهذا لا ينعقد الاحرام قبل اشهر
الحج عنده وعند محمد رحمه الله وان كان الاحرام من الشرائط ففي بعض الاحكام
جعل من الاركان الا ترى ان فائت الحج ليس له ان يستديم الاحرام الى ان يؤدي
الحج به في السنة القابلة ولو كان من الشرائط لكان له ذلك كما في الطهارة للصلاة
فاذا كان من الاركان فهو بمنزلة سائر الاعمال لا يتصور الجمع بين النسكين فيه
في وقت واحد كالوقوف بعرفتين والطواف بعمرتين وابو حنيفة وابو يوسف
رحمهما الله قالا لا تنافي بين العقدين بدليل انه ينعقد احدهما وهما متساويان
والاصل انه لو كان بين العقدين المتنافيين منافاة لا ينعقد احدهما كنكاح الاختين

معا ولا داست انه المنافاة انعقد الاحرام بهما كالحج والعمرة ثم اداء الافعال
لا يتصل بالاحرام والتنافي بينهما في اداء الافعال ولا تنافي في اداء الافعال لا يتصل
بالاحرام لا يمنع انعقاد الاحرام بهما بخلاف الصوم والصلاة فان الشروع هناك حين
الاداء ويتصل به الاداء والوقت معيار للصوم فلا يتصور اداء الصومين في وقت
واحد ثم الاحرام سبب لالتزام الاداء من غير ان يتصل به الاداء فيكون بمنزلة النذر
والنذر بالعمرتين صحيح والاحرام للحج من الشرائط بمنزلة الطهارة للصلاة ولهذا لا يصح
الاحرام بالحج قبل اشهر الحج ويكون ممتدا الى الفراغ منه وهذا احد شرط العبادة
لا احد ركن العبادة ولانه لا يتصل به اداء الافعال والاحرام يكون عند الميقات
واداء الافعال يكون بمكة ولو احرم في اول يوم من اشهر الحج يصح واداء الافعال
بعد ذلك بزمان وبمكان من الشرائط في الابتداء وان اعطي له حكم الاركان في الانتهاء
فكان بمنزلة الطهارة للصلاة فلا يتحقق المنافاة فيه كما يظهر اداء الصلاة فيه
اذا عرفنا هذا فنقول عند ابي يوسف رحمه الله كما انعقد الاحرام بهما يصير رافضا
لاحدهما لانه كما فرغ من الاحرام جاء اوان اداء الاعمال والمنافاة بينهما متحققة فيصير
رافضا لاحدهما وعليه دم لرفضها ويمضي في الاخرى فان احرم بعمرتين فعليه
قضاء العمرة التي رفضها وان احرم بحجتين فعليه قضاء عمرة وحجة لرفض احديهما
وعند ابي حنيفة رحمه الله لاحدهما ما لم يشتغل بالعمل للاخرى ففي ظاهر الرواية
كما سار الى مكة لاداء الاعمال يصير رافضا لاحدهما وفي الرواية الاخرى ما لم ياخذ
في الطواف لا يصير رافضا لاحدهما لانه لما لم يتناف الاحرامان ابتداء لا يتنافيان
بعد البقاء اسهل من الابتداء وانما المنافاة في الاعمال فما لم يشتغل بعمل احديهما
لا يصير رافضا للاخرى وانما يظهر ثمرة الخلاف فيما اذا احصر قبل ان يسير الى مكة فعلى
قول ابي حنيفة رحمه الله يبعث بهديين للتحلل لانه محرم باحرامين وعند ابي يوسف
رحمه الله يبعث بهدي واحد لانه صار رافضا لاحدهما فانما احصر وهو محرم باحرام
واحد وعند محمد رحمه الله لم ينعقد الا احرام واحد فلا يبعث الا بهدي واحد وان
كان سار الى مكة ثم احصر فانما يبعث بهدي واحد لانه صار رافضا لاحدهما حين
سار ومن عمل الاخرى فعليه دم للرفض ودم اخر للتحلل واما حكم القضاء فان كان اهل

بعمرتين فعليه قضاء عمرتين وان كان اهل بحجتين فعليه قضاء حجتين وعمرتين والله اعلم

باب ضمان الصبي والحر والعبد ونحوهم

وما يضمنان من ذلك وما لا يضمنان اصل الباب ان الضمان الواجب بسبب الفعل
يستوي فيه البالغ والصبي والحر والعبد والعاقل والمجنون والماذون والمحجور
لان الفعل انما كان سببا للضمان لكونه اتلافا حقيقة واضرارا بالمالك دفعا للضرر
عنه وذلك لا يختلف باختلاف المتلف ولا يعمل فيه الحجر اما الضمان الواجب
بسبب القول يختلف بالحرية والرق والكبر والصغر والاذن والحجر فالصبي لا
يؤاخذ به اصلا لعدم اهليته كما لو اقر على نفسه بالدين او كفل لاحد الا ان
يكون ماذونا لانه من ضرورات التجارة وضروراتها ملحقة بالتابع والعبد لا يؤاخذ
بضمان الاقوال في الحال اذا كان محجورا لكن يؤاخذ به بعد العتق لانه عاقل
اهل للالتزام وله قول معتبر الا انه لا يؤاخذ به لحق المولى فاذا زال حق المولى
ظهر قوله في حقه الا ترى انه لو كفل بمال او اقر بدين يؤاخذ به بعد العتق وهذا لان
القول انما كان سببا للضمان لا لامر يرجع الى ذاته بل بجعل الشرع اياه سببا
مجازا انه يختلف باختلاف الاحوال وهذا يجري فيه الفسخ فيعمل فيه الحجر فالصبي
حجر عليه لعدم اهليته لانه لا مانع من نفوذ تصرفه لضرورة من المالك ولا ضرر
لغيره في تصرفه فعلم ان الامتناع لعدم اهليته بخلاف العبد لان تصرفه صادف
حق غيره فيكون الامتناع لاجل الغير فاذا زال المانع يظهر اثره في حقه وهذا
لان التهمة قائمة في قول العبد فلا يقبل قوله في حق المولى حتى لو انتفت التهمة
يقبل قوله في حقه كما لو اقر على نفسه بالقصاص بخلاف الفعل لان وجوده بحكم
وحقيقته ومشاهد معاين لا يجري فيه التهمة ويحقق هذا ان الدين متى وجب على
العبد بسبب يظهر في حقه وفي حق المولى يتعلق بكسبه ورقبته ويخاطب المولى
يعني بالدفع او الفداء او البيع والفداء وان وجب بسبب لا يظهر في حق المولى
لا يخاطب المولى وهو نحو من استعمل محجورا عليه بغير اذن وليه وتلف المحجور
عليه ان تلف بسبب استعماله ما لم يتخلل بينهما فعل اختياري يجب ضمانه
على المستعمل وان تخلل بينهما فعل اختياري لا ضمان على المستعمل لان

استعمال المحجور عليه تسبب لتلفه وليس بمباشرة الاتلاف لان التلف
لم يحصل من نفس فعله وانما حصل من اثر فعله الثاني بعد الاستعمال
وكان تسببا وهو متعد في هذا التسبب والمتعدي انما يضمن اذا تعذر
اضافة التلف الى المباشر والا لم يتخلل بينهما فعل مختار تعذر الاضافة
الى المباشر فبقي مضافا الى المسبب واذا تخلل يضاف الى المباشر
كالدافع مع الحافر والممسك مع القاتل وكما لو دفع الى الصبي سيفا فقتل به
نفسه لا يضمن الدافع ولو سقط من يده فعقره يضمن وهو واخوان
من اودع عند صبي محجور او عبد محجور مالا فاستهلكه لا ضمان على الصبي
اصلا وعلى العبد ضمانه بعد الاعتاق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند
ابي يوسف والشافعي رحمهما الله يضمنان في الحال لما ذكرنا وحرف اخر
ان المغصوب منه مخير بين تضمين الغاصب وبين تضمين غاصب الغاصب
لان كل واحد منهما غاصب في حقه بازالة يده او يد نائبه واثبات يده
على ماله ويضمن ايهما اختار برئ الاخر حصل منه الضمان او لم يحصل
لانه لا يتمكن من تضمين احدهما الا بواسطة تمليك العين منه لان اداء الضمان
يوجب الملك في المضمون وبعدما ملكه من احدهما لا يتمكن من تمليكه من اخر
فبرئ الاخر ضرورة بخلاف المحتال عليه اذا مات مفلسا لان ابراءه بشرط
وصول المال اليه اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله عبد محجور عليه غصب من
رجل الف درهم واودعها عند محجور مثله فهلكت في يده فالمسألة على وجهين
اما ان كانا اثنين او ثلثة وكل وجه على وجهين اما ان يكون الايداع بالفعل
والمناولة او بالقول وهلك المال او استهلك والمغصوب مال المولى
او مال الاجنبي والثاني عبد او حر اما الفصل الاول اذا كانا عبدين
محجورين والمغصوب مال الاجنبي وهلك في يد الثاني فحضر صاحب المال
والموليان والعبدان فاقام المغصوب منه البينة على الغصب والايداع
شرط حضور الموليين لان القضاء بالضمان عليهما وشرط حضور العبدين
لان دعوى الفعل عليهما وشرط اقامة البينة لان الغصب في حق الموليين لا يثبت

باقرار العبد واذا استهلك فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن العبد
الاول وان شاء ضمن الثاني لان كل واحد منهما غاصب في حقه بقبض
ماله بغير حق والعبد المحجور عليه في الغصب والحر سواء فله ان يختار ايهما
شاء ويباع ذلك العبد في دينه او يفديه المولى كما في سائر الديون فان اختار
تضمين احدهما برئ الاخر لما ذكرنا هذا لفظ محمد رحمه الله الجواب
وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله ان تضمين احدهما انما يوجب
براءة الاخر اذا رضي من اختار تضمينه بذلك او قضي عليه فاما قبل القضاء
او الرضا لا يبرأ الاخر لانه متى وجد الرضى او القضاء صار المغصوب ملكا
لمن عليه الضمان فصار كانه باع منه فاذا اراد ان يبطل تمليكه من الاول
وتمليكه من الثاني بعد ذلك لا يقدر فاما قبل القضاء او الرضى لم يصر ملكا له
فكان له ان يضمن الثاني كما في الاصيل مع الكفيل اذا اختار اتباع احدهما
لم يبرأ الاخر فان اختار تضمين العبد الاول فدفعه مولاه او فداه لا يرجع مولاه
على العبد الاخر فان قيل وجب ان يرجع لان مولى العبد الاول لما ضمن
ملك المغصوب من وقت الغصب فتبين ان العبد الاول دفع ماله الى العبد
الثاني بغير اذنه فيجب ان يرجع على الثاني كما في الغاصب اذا ضمن فانه يرجع
على الغاصب الثاني قيل له انما لم يرجع لانه لم يفد الرجوع لان مولى الاول
لو رجع على الثاني بهذه العلة كان لمولى الثاني ان يرجع على مولى الاول
فياخذ منه عين ما اخذ منه الاول لان العبد الاول صار غاصبا للعبد الثاني
بالاستعمال وانه فعل متولد منه في الحال كما لو دفع اليه سكينا فسقط من
يده فعقره فلو ضمن مولى الاول مولى الثاني كان لمولى الثاني ان ياخذ منه
عين ما اخذ منه لانه بدل كسب العبد الاول لان هذا المال بدل المغصوب كسب صح
والمغصوب انما صار ملكا للاول بغصب العبد الاول فكان بدل العبد الاول
فكان للثاني ان ياخذ عين ذلك من الاول لما صار غاصبا للثاني والثاني يتلف
بذلك الغصب معنى انه استحق رقبة الثاني بالدين والمستحق بالدين كالتالف
ويتلف العبد الثاني بسبب العبد الاول لان الاستعمال انما تم بالغصب ولم يتخلل

من القبض وتلف الوديعة بفعل فاعل مختار واذا لم يعتق بعد الرجوع لا يرجع حتى
يعتق فاذا اعتق يرجع عليه مولى العبد الاول لانه وجد سبب الرجوع وهو
ملك المضمون باداء الضمان الا انه امتنع الرجوع لعدم الفائدة فاذا اعتق ارتفع
المانع فيرجع لانه لو رجع عليه لا يرجع العبد المعتق عليه فيفيد الرجوع وانما قلنا
ذلك لان الثاني لو رجع اما ان يرجع بالاستعمال او بكونه مودع الاول لا وجه
الى الاول لان الثاني حر وقت الرجوع واستعمال الحر برضاه ليس بتعدي فلا
يوجب الضمان فان قيل وقت الاستعمال كان عبدا وانما يرجع عليه بذلك
الاستعمال وذلك الاستعمال كان تعديا قيل له العبد في حق نفسه بمنزلة الحر
لانه اهل للتصرفات الا انه فيما يتضرر به مولاه اعتبر عبدا دفعا للضرر عن
المولى فاذا زال حق المولى بالاعتاق كان بمنزلة الحر من الاصل في التصرفات
نظيره انه كان مستعملا للحر الا يرى انه لو اقر او كفل لا يصح للحال واذا اعتق صح
واخذ بذلك واذا لم يكن للثاني حق الرجوع على المولى كان تضمين مولى العبد الاول
اياه مفيدا فيرجع ثم اذا اعتق الاول يرجع الثاني على الاول لان الثاني كان مودعه
والمودع يرجع على المودع بما لحقه من الضمان لانه عامل له في الحفظ كما في الحر
ولا يرجع عليه قبل الاعتاق لان الضمان لحق الثاني بالغرور من الاول وضمان
الغرور ضمان الكفالة والعبد لا يؤاخذ بضمان الكفالة ما لم يعتق هذا اذا
اختار صاحب المال تضمين العبد الاول فان اختار تضمين العبد الثاني خير مولاه
بين الدفع والفدا وكان له ان يرجع في رقبة العبد الاول لان الاول استعمل
العبد الثاني حين ناوله الوديعة ولم يتخلل بين استعماله وبين تلف الوديعة فعل
فاعل مختار لان استعماله انما يتم بقبضه وبعد ذلك لم يوجد فعل مما لحق العبد الثاني
لحقه باستعماله وكان لمولى الثاني ان يرجع على الاول والرجوع هنا مفيد لانه لا يرجع
لغيره ثم دفع لانه دفع الضمان الى المغصوب منه ويرجع على مولى الاول وكان
مفيدا بخلاف الفصل الاول ثم لا يكون لمولى العبد الاول ان يرجع على مولى العبد
الثاني لان مولى الثاني لما رجع على مولى الاول كان قرار الضمان على الاول
فملك المغصوب بالضمان من وقت الغصب فكان الجواب فيه كالجواب فيما اذا

اختار المغصوب منه تضمين الاول فلا يرجع الاول على مولى الثاني الا بعد
عتق الثاني ثم يرجع الثاني على الاول بعد عتقه على ما ذكرنا الفصل الثاني
اذا كان الاول عبدا والثاني حرا عبد محجور عليه غصب من صبي الفا ودفعه
الى حر فهلك في يد الحر فالمغصوب منه في التضمين بالخيار فان ضمن العبد
كان لمولاه ان يرجع على الحر فيرد من هذا وهما اذا كانا عبدين والفرق ان ثمة
الرجوع غير مفيد لانه لو رجع كان للثاني ان يرجع عليه بعين ما اخذ لان العبد
الاول استعمل العبد الثاني والعبد محل للغصب والغصب باثبات اليد
عليه فاذا استعمله فقد اثبت يده عليه ولهذا قلنا انه لو امر عبدا صغيرا
او كبيرا بقتل رجل فقتل يخاطب مولاه بالدفع او الفدا ثم يرجع بالاقل
على الامر لانه صار غاصبا له بالاستعمال ولهذا لا يرجع على العاقلة ولو
وجب الضمان بسبب القتل لان وجوب الضمان على الامر انما كان بسبب الغصب
ولهذا سوى بين الصغير والكبير لعدم التفاوت في محليه الغصب والغصب
من المحجور سبب لوجوب الضمان اما هنا لو ضمن المولى الحر لم يكن للحر ان يرجع
عليه لا بالاستعمال ولا بكونه مودعا اما بالاستعمال لان استعمال الحر برضاه
ليس بتعدي واما بكونه مودعا لان العبد المحجور عليه فلا يؤاخذ بضمان
الاقوال في الحال ثم اذا ضمن الحر يرجع على العبد بما ضمن اذا اعتق لانه
مودعه فيرجع عليه بما لحقه من الضمان ولو ضمن المغصوب منه الحر لا يرجع
على العبد حتى يعتق لانه لو رجع عليه انما يرجع لانه مودعه وقد ذكرنا ان
هذا الضمان لا يجب قبل العتق بخلاف المسألة الاولى لان ثمة انما يرجع لانه
استعمل عبده والفصل الثالث اذا كان الاول حرا والثاني عبدا حر
غصب من رجل الف درهم واودعها عبدا محجورا عليه فهلكت بيده كان له
ان يضمن الحر او العبد فان ضمن الحر لا يرجع على العبد لانه ملك المضمون باداء
الضمان فتبين انه اودع ملك نفسه عبدا محجورا عليه وهلك في يده وان اختار
تضمين العبد وبيع العبد او فداه المولى كان لمولى العبد ان يرجع على الحر
لوجهين احدهما انه استعمل عبد الغير بغير اذن مولاه والحقه ضمان فيرجع به على من

استعمله لان المستعمل حر واهل وجوب الضمان عليه في الحال وفي الوجوب فائدة
كما لو دفع اليه سكينا فسقط من يده فعقره والثاني لو العبد مودع الحر فاذا لحقه
ضمان يرجع به عليه كما لو كان ما مر في الفصل الرابع اذا كان المغصوب مال المولى
وبيانه عبد غصب من مولاه الف درهم او اودع عبدا محجورا عليه شيئا وله
فهلكت فالمالك لا يضمن عبده لانه لا يستوجب على عبده دينا لان فائدة الوجوب الاستيفاء
والاستيفاء اما ان يكون من الرقبة او الكسب وكلاهما ملك المولى لكن له ان يضمن الثاني
لانه قبض ماله بغير حق فرق بين هذا وبينما اذا كان المغصوب مال الاجنبي وضمن الاول
حيث لا يرجع على الثاني في الحال وان ملكه باداء الضمان والفرق ان المغصوب
اذا كان مال الاجنبي فرجوع مولى الاول على الثاني غير مفيد على ما ذكرنا وههنا مفيد
وبيانه وهو ان ما ياخذ مولى العبد الاول بدل المغصوب والمغصوب كسب العبد
الاول فكان الضمان بدل كسب العبد الاول ولو رجع مولى العبد الاول على الثاني
كان لمولى العبد الثاني ان يرجع عليه فياخذ منه عين ما اخذ اما اذا كان المغصوب
مال المولى او ضمن مولى الاول الثاني لم يكن لمولى الثاني ان يرجع عليه وياخذ منه
عين ما اخذ لانه ليس بدل كسب العبد لانه بدل المغصوب والمغصوب ليس
بكسب للعبد بل كان مملوكا للمولى قبل الغصب فلا يكون له ان يرجع عليه بعين ما
اخذ لو رجع لرجع في رقبة العبد الاول والرقبة غير الماخوذ وكان التضمين مفيدا ومن
المشايخ رحمهم الله من قال انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع موضوع المسئلة
الاولى فيما اذا كانت قيمة العبدين على السواء فلا يفيد الرجوع وموضوع المسئلة
الثانية فيما اذا كانت قيمة العبد الاول اكثر من قيمة العبد الثاني فكان الرجوع
مفيدا ومتى كان لمولى الاول ان يضمن الثاني فاذا ضمن ودفع رقبة الثاني واخذ منه
يرجع مولى الثاني على مولى الاول فيباع رقبة الاول بما اخذ مولى العبد الاول لان
الاول استعمل الثاني وقد تلف باستعماله ثم لا يرجع مولى العبد الاول على الثاني الا
اذا اعتق فيرجع عليه حينئذ فان قيل وجب ان لا يرجع عليه بعد العتق لانه
لو رجع رجع بالغصب وقد استوفى من حيث بيع رقبة العبد الثاني واخذ قيمته فاي
سبب يرجع عليه مرة اخرى قلنا له انما يرجع مرة اخرى لانه لما عتق الثاني صار في

حق

حق الثاني كان الاول مودع الحر من الابتداء واستعمال الحر برضاه لا يوجب
الضمان وما اخذ مولى العبد الاول كان ضمان تسبب وكان مجبرا على
اداء ذلك وكان له الرجوع على الثاني كالعبد المرهون اذا سعى في الدين
بعد ما اعتقه الراهن وهو معسر يرجع العبد عليه اذا ايسر لانه قضى دين
المولى وهو مجبر عليه ثم اذا رجع على العبد الثاني لا يكون للثاني ان يرجع على
الاول وان كان الثاني مودع الاول الا اذا عتق الاول لما ذكرنا في الفصل
الخامس اذا كان الاول عبدا والثاني حرا عبد محجور عليه اخذ من مال مولاه
الفا واودعها حرا فهلك كان لمولاه ان يضمن الحر لانه غاصب اذا ضمن الحر
لا يرجع الحر هو على مولى العبد بخلاف المسئلة الاولى لان ثمة انما يرجع
بحكم الاستعمال واستعمال الحر لا يوجب الضمان لكن يرجع على العبد اذا
عتق لكونه مودعا له فيرجع عليه كالمحجور اذا كفل بغير اذن مولاه يؤاخذ به بعد
العتق كذلك ههنا ثم اعاد محمد رحمه الله بعض المسائل وذكر مكان الهلاك
الاستهلاك فقال رحمه الله عبد محجور عليه غصب من اجنبي الفا واودع
عبدا محجورا عليه اخر فاستهلكها الثاني او وهبها لرجل لا يعرف فالمغصوب
منه بالخيار على ما ذكرنا فان اختار تضمين الثاني لم يرجع مولى الثاني على
المولى الاول فرق بين هذا وبينما اذا هلكت في يد الثاني والفرق ان هناك
تخلل بين الاستعمال والتلف فعل فاعل مختار وهو الاستهلاك وكان
وجوب الضمان على الثاني مضافا الى الاستهلاك لا الى الاستعمال فلم يكن
لمولى الثاني ان يرجع على الاول كما لو حفر بئرا وجاء اخر ودفعه لا يكون الهلاك
مضافا الى الحفر وههنا لم يتخلل بين التلف والاستعمال فعل فاعل مختار وكان
وجوب الضمان مضافا الى الاستعمال فيرجع على المستعمل وان اختار تضمين
العبد الاول كان لمولى الاول ان يرجع على الثاني فرق بين هذا وبينما اذا
هلكت في يد الثاني حيث لا يرجع الاول على الثاني والفرق ما ذكرنا ان ثمة
لو رجع الاول على الثاني كان للثاني ان يرجع على الاول بسبب الاستعمال
فياخذ منه عين ما اخذ فلا يفيد على ما مر اما ههنا لو رجع مولى الاول على

الثاني لم يكن للثاني حق الرجوع على الاول اصلا فافاد الرجوع فيرجع
فاذا رجع مولى الاول على الثاني ثم عتق الاول لم يرجع مولى الثاني
على الاول بما ضمن فان قيل وجب ان يرجع لانه ضمن له العبد الاول بعقد
الوديعة الخلاص عما يلحقه من الضمان بسبب قبض الوديعة متى عتق قيل له
نعم لكن انما ضمن له الخلاص انه في القبض عامل له وهنا الضمان وجب بالاستهلاك
وما وجب عليه من الضمان بالاستهلاك فالاول ما ضمن له ان الثاني في الاستهلاك غير
عامل له الفصل الثاني اذا كان الاول حرا والثاني عبدا وقد استهلك العبد
حر غصب من رجل الفا فدفعها الى عبد محجور عليه وديعة فاستهلكها العبد بحضرة
المغصوب منه فان ضمن الحر لم يرجع الحر على العبد بشيء حتى يعتق عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله يرجع للحال الا ترى ان الحر
اودع ماله عبدا محجورا عليه فاستهلكه ولو كان كذلك فالعبد لا يضمن للحال
عندهما وهل يضمن بعد الاعتاق فهذا على وجهين اما ان كان العبد كبيرا او صغيرا
فان كان كبيرا يضمن وان كان صغيرا لا وعند ابي يوسف رحمه الله يضمن للحال
في الوجهين وهي مسألة ايداع العبد والصبي لما يذكر وان اختار تضمين العبد
لم يرجع على الحر وان كان مودعه لانه ضمن بسبب الاستهلاك لا بسبب الايداع
استشهد محمد رحمه الله بما لو استودع هذا العبد سيفا فوقع على رجله فعقره
ضمن الحر ولو فعل ذلك بنفسه او بغيره لا يضمن لما ذكرنا الفصل الثالث
اذا كان الاول عبدا والثاني حرا عبد غصب من رجل الفا فدفعها الى حر
فاستهلكها الحر بحضرة المغصوب منه فان ضمن الحر لا يرجع على العبد لا في
الحال ولا بعد العتاق لانه ضمن بالاستهلاك وان ضمن العبد رجع مولاه على الحر
لانه تبين ان العبد اودع ملك المولى حرا وقد استهلكه والرجوع مفيد وكان
له ان يرجع عليه ولا يرجع الحر على العبد لا قبل العتاق ولا بعده على ما ذكرنا
هذا الذي ذكرنا اذا كان الايداع بالفعل اما اذا كان بالقول اما الفصل
الاول وهو ما اذا كانا عبدين والمغصوب مال الاجنبي وقد هلكت قال
رحمه الله عبد محجور عليه غصب من رجل الفا وقال لعبد اخر محجور عليه خذ هذا

المال ليكون وديعة عندك فاخذ فهلكت عنده بحضرة المغصوب منه فان
اختار تضمين العبد الثاني لم يرجع مولى العبد الثاني على مولى العبد الاول
فرق بين هذا وبينما اذا كان الايداع بالفعل والمسألة بحالها والفرق بين
الايداع اذا كان بالفعل صار الاول مستعملا للثاني بالفعل والعبد المحجور
يؤاخذ بضمان الافعال في الحال اما هنا صار الاول مستعملا للثاني بالقول
والمحجور لا يؤاخذ بضمان الاقوال لقيام الحجر الشرعي فلا يرجع الثاني على الاول
للحال وانما يرجع عليه اذا عتق مثاله اذا دفع الاول اليه سكينا ليكون
وديعة عنده فسقط من يده فعقر رجله فمات يضمن الاول لانه صار مستعملا
له بالفعل ومثله لو قال له خذ هذه السكين لتكون وديعة عندك فاخذه
الثاني فسقط من يده فعقر رجله فمات لا يضمن الاول للحال وانما يضمن
بعد العتق الا ترى لو ان العبد المحجور الكبير او الصغير اذا امر عبدا صغيرا او
كبيرا ماذونا او محجورا ان يفعل حلا فنقل حائطا مولى المامور بالدفع او
الفدا ولا يرجع على مولى الامر لانه لو رجع انما يرجع بحكم الامر وقول المحجور
باطل لا يوجب شيئا على المولى كما لو اقر بدين او كفل بمال فان عتق الامر
فان كان كبيرا وقت الامر يرجع عليه مولى المامور بالاقل من قيمة المامور
ومن الارش لان المانع حق المولى وقد زال كما لو اقر بغصب او كفل بمال
بخلاف ما لو امر بجناية حيث لا يؤاخذ به اصلا لانه اقرار على المولى فلم يصح
اصلا وان كان صغيرا وقت الامر لا يؤاخذ به لان الصبي ليس من اهل الالتزام
فلا يؤاخذ به كما لو اقر بالدين فان اختار تضمين الاول كان لمولى الاول ان يرجع
على الثاني فرق بين هذا وبينما اذا كان الايداع بالفعل والمسألة بحالها
والفرق ان الايداع اذا كان بالفعل فرجوع الاول على الثاني لا يفيد على
ما ذكرنا اما اذا كان الايداع بالقول يفيد لانه لو ضمن الاول الثاني لا
يرجع الثاني عليه لما قلنا فيفيد الرجوع فان عتق الاول كان للثاني
ان يرجع على الاول لانه مودعه وقد لحقه ضمان بسبب قبض الوديعة
فيرجع عليه وان كان الايداع بالقول لان المحجور عليه يؤاخذ بضمان الاقوال

بعد العتق وان عتق العبد الثاني بعد ذلك لم يرجع عليه الاول لان
الثاني مودع ولا يضمن الا بالتعدي ولم يوجد بالتعدي الفصل الاول
اذا كان الاول عبدًا والثاني حرًا عبد محجور عليه غصب من رجل الفا ثم
امر حرا بقبضها ودفعه فقبضها فهلكت في يده بحضرة المغصوب منه
فان ضمن الحر لا يرجع على العبد حتى يعتق لما قلنا وان ضمن العبد رجع
مولى العبد على الحر لانه يظهر ان العبد اودع ماله من حر وقد قبض الحر
بغير اذن المولى فله ان يضمن الحر والتضمين مفيد لانه لو رجع عليه لا
يرجع الحر عليه لانه ضمان قول على ما ذكرنا لكن يرجع على العبد اذا عتق
لانه مودعه وقد لحقه العهدة والعبد يؤاخذ بضمان الاقوال بعد العتاق
الفصل الثالث اذا كان المغصوب مال المولى وهما عبدان والرابع اذا
كان الاول عبدا والثاني حرا والجواب فيهما ان للمولى ان يضمن الثاني لانه
لو ضمنه لا يرجع عليه وانما يرجع على العبد الاول اذا عتق وكان التضمين
مفيدا الفصل الخامس اذا كان الاول حرا والثاني عبدا والمال مال
الاجنبي حر غصب من اجنبي الفا ثم امر عبدا محجورا عليه بقبضها ودفعه
فقبض وهلكت في يده بحضرة المغصوب منه فان ضمن الحر لا يرجع على العبد
بشيء لا قبل العتق ولا بعده لانه ظهر ان الحر اودع مال نفسه ولم يوجد من
المودع تعدي فلا يضمن المودع وان ضمن العبد رجع مولى العبد على الحر لان
الحر مؤاخذ بضمان القول في الحال فاذا لحق مودعه ضمان بغير تعدي منه كان
له ان يرجع على مودعه الحر فاذا عتق العبد بعد ذلك لا يرجع الحر عليه لان الحر
لما ادى الضمان فقد ملك المغصوب فتبين انه اودع مال نفسه من العبد فلا
يضمن العبد من غير تعدي ولم يوجد الفصل السادس اذا كانا عبدين وقد
استهلك الثاني عبد محجور عليه غصب من اجنبي الفا فامر عبدا محجورا آخر
بقبضها ودفعه فقبضها واستهلكها بحضرة المغصوب منه فان ضمن الثاني لا يرجع
مولى الثاني على الاول عتق العبد الاول او لم يعتق لان الثاني ضمن بالاستهلاك
الا بالاستعمال الاول والاول لم يلتزم عهدة استهلاكه وان اختار تضمين الاول

رجع مولى الاول في رقبة العبد الثاني لانه ظهر ان عبده اودع ماله
عند الثاني وكان له تضمينه واذا ضمن الثاني ليس للثاني ان يرجع على الاول
فيفيد التضمين فاذا رجع ثم عتق العبدان لم يرجع احد العبدين على صاحبه
اما الثاني على الاول فلما مر انه لم يلتزم عهدة الاستهلاك واما الاول فلان
من له الضمان وهو مولاه استوفى الضمان منه فلا يضمنه مرة اخرى الفصل
السابع اذا كان الاول حرا والثاني عبدا حر غصب من اجنبي الفا فامر عبدا
محجورا عليه بقبضها ودفعه فاستهلكها بحضرة المغصوب منه فان ضمن
الحر لا يرجع على العبد حتى يعتق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند
ابي يوسف يرجع للحال لان الحر ملك المغصوب باداء الضمان فظهر انه
اودع مال نفسه عبدا محجورا فاستهلكه فكان على الخلاف على ما ذكرنا
وان اختار تضمين العبد لا يرجع على الحر بحال لانه ضمن بالاستهلاك وهو لم
يلتزم ضمان الاستهلاك الفصل الثامن اذا كان الاول عبدًا والثاني
حرا عبد محجور غصب من اجنبي او من مولاه الفا وامر حرا بقبضها ودفعه
فقبض واستهلك فان كان المغصوب منه اجنبيا مخيرا فان ضمن الحر لا يرجع
على العبد بشيء عتق العبد او لم يعتق لانه ضمن بالاستهلاك لا بالقبض وان ضمن
العبد كان لمولاه ان يرجع على الحر لانه ملك باداء الضمان فظهر ان العبد
اودع ماله من حر واستهلكه الحر وليس للحر ان يرجع على العبد ولا على
المولى وكان التضمين مفيدا وان كان المغصوب منه المولى يضمن الحر ولا
يرجع الحر على احد لانه ضمن باستهلاكه ثم اعاد محمد رحمه الله هذه المسائل
بفصولها فيما اذا كان العبد بالغا الفصل الاول وهو ما اذا كان المال
مال الاجنبي والايداع بالمناولة وهلك في يد الثالث فقال رحمه الله عبد محجور
عليه غصب من اجنبي الفا فدفعها الى عبد محجور عليه ودفعه ودفعها الثاني
الى عبد اخر محجور عليه ودفعه فهلكت عند الثالث بحضرة المغصوب منه
يضمن ايهم شاء لان كل واحد منهم غاصب في حقه فان اختار تضمين الاول
فمولى الاول بالخيار بين تضمين الثاني او الثالث لان المولى الاول لما ضمن فقد

ملك المغصوب فصار العبد الاول دافعا ملك مولاه الى الثاني والثاني الى
الثالث وكان له تضمين ايهما شاء فان ضمن الثاني مولى الثاني لا يرجع على الاول
وان صار الاول مستعملا له بالفعل لان الثاني صار مستهلكا بدفعه الى
الثالث فيكون تلف الثاني مضافا الى استهلاكه لا الى استعمال الاول
فلا يكون لمولى الثاني ان يرجع على الاول لهذا ولا يرجع على الثالث حتى
يعتق الثالث لانه لو رجع على الثالث بسبب الغصب كان لمولى الثالث ان يرجع
على مولى الثاني بسبب الاستعمال لانه لم يوجد من الثالث استهلاك وكان
تلف مالية رقبة الثالث مضافا الى استعمال الثاني وكان للثالث ان يرجع
على الثاني في عتقه ما اخذ منه الثاني ولا يفيد على ما ذكرنا واذا اعتق الثالث
له ان يرجع عليه لما قلنا من قبل واذا ضمن الثالث بعد ما عتق كان للثالث
ان يرجع على الثاني بعد ما عتق الثاني لان الثالث مودع الثاني وقد لحقه
ضمان لاجله لم يرجع على الثاني ما دام الثاني عبدا لانه لا يواخذ بضمان الاقوال
واذا عتق يواخذ هذا اذا اختار مولى العبد الاول تضمين الثاني فان اختار
تضمين الثالث رجع مولى العبد الثالث على مولى الثاني لان العبد الثاني استعمل
العبد الثالث واذا رجع الثالث استقر الضمان على الثاني فصار كان مولى
العبد الاول ضمن الثاني في الابتدا ولو ضمنه ابتدا لا يرجع على الاول عتق او لم
يعتق ويرجع على الثالث اذا عتق الثالث لذلك هنا هذا اذا اختار المغصوب
منه تضمين العبد الاول وان اختار تضمين العبد الثاني وباعه لم يكن لمولى العبد
الثاني اتباع العبد الاول لا قبل العتق ولا بعده وكان الجواب فيه كالجواب
فيما اذا اختار المالك تضمين العبد الاول واختار مولى الاول تضمين الثاني
في انه لا يرجع مولى الثاني على الاول لا قبل العتق ولا بعده وله تضمين الثالث
بعد العتق لا قبله واذا ضمن مولى الثاني العبد الثالث بعد العتق كان للعبد
الثالث ان يرجع على الثاني بعد العتق ايضا لان الثالث مودعه وقد لحقه ضمان
من غير تعدي منه هذا اذا اختار المغصوب منه تضمين الثاني ولو اختار تضمين
العبد الثالث وباعه فيه كان لمولى الثالث ان يرجع في رقبة العبد الثاني لان الثاني

استعمل الثالث بالدفع اليه فكان تلف مالية الثالث مضافا الى استعماله فكان
للثالث ان يرجع على الثاني وليس لمولى الثالث ان يرجع على الاول لان الاول
لم يستعمل الثالث ولم يجر بينهما سبب يوجب الرجوع واذا رجع الثاني على الثالث
ثم عتق الثالث يرجع عليه مولى الثاني بما لحق عنه واذا اعتق العبد الثاني اتبعه
العبد الثالث بما ضمن لان الثالث كان مودع الثاني وقد لحقه ضمان من غير تعدي
فيرجع عليه اذا صار اهلا لوجوب ضمان الغرور ثم ذكر محمد رحمه الله الاستهلاك
مكان الهلاك والمسئلة بحالها يخير المغصوب منه فان ضمن الاول كان له ان
يرجع على اي العبدين شاء فان اختار تضمين العبد الثاني كان لمولى الثاني تضمين
العبد الثالث لان الثاني ملك المغصوب من حين تضمين العبد الثاني فظهر ان العبد
الثالث فصار مال مولى العبد الثاني فيضمن وتضمينه مفيد لانه متى ضمن الثالث لا يكون
لمولى الثالث الرجوع على الثاني لان الثالث صار مستهلكا وان اختار تضمين
الثالث لم يرجع مولى الثالث على الثاني لا قبل العتق ولا بعده لان العبد الثالث
مودع استهلك الوديعة وضمن بالاستهلاك فلا يرجع على احد لا بالاستعمال
ولا بالايداع وان اختار المغصوب منه تضمين العبد الثاني لم يكن للثاني الرجوع
على الاول عتق او لم يعتق لان الثاني صار مستهلكا بالدفع الى الثالث وكان
لمولى الثاني ان يضمن الثالث لان تضمينه مفيد لانه ليس للثالث حق تضمين الثاني
لانه انما ضمن بالاستهلاك وان اختار المغصوب منه تضمين العبد الثالث لم يرجع
على احد لا قبل العتق ولا بعده لانه ضمن بالاستهلاك الفصل الثاني اذا كان الايداع
من الاول بالفعل والايداع من الثاني بالقول وهلكت الوديعة يخير المغصوب منه
فان اختار تضمين الثالث وشرع فيه لم يكن لمولاه تضمين الاول قبل العتق ولا بعده
لان الاول ما استعمل الثالث ولا اودع عنده ولا غصب مال مولاه لان مولى
الثالث ملكه من حين تضمين الثالث وتضمين الاول كان قبل تضمين الثالث ولا
يرجع مولى العبد الثالث على الثاني قبل العتق ويرجع بعده لان الثاني صار مستهلكا
للثالث بالقول لا بالفعل فيواخذ به بعد العتق لا قبله وان اختار المغصوب
منه تضمين العبد الثاني كان لمولى الثاني ان يرجع في رقبة الثالث لانه تبين ان الثاني

اودع مال مولاه ويضمن الثالث مقيدا لان حقه عليه عاجل وحق الثالث
اجل لانه يرجع بعد العتق واذا رجع عليه الثاني يرجع مولى الثالث على
الثاني بعد العتق لانه غير في ذلك وذكر في بعض الروايات مكان الثاني
الاول يعني اذا اختار تضمين العبد الاول وذلك غلط وقع من الكاتب او اراد
به الاول في حق الثالث لانه اول العبد فان الثاني اول في حق الثالث واذا رجع
مولى الثالث على الثاني بعد ما عتق الثاني لا يرجع العبد الثاني على العبد الثالث
عتق الثالث لانه لان الثالث لم يستعمل الثاني ولم يودعه شيا قال في الكتاب
ليس لمولى العبد الثاني ان يرجع على العبد الاول بقليل ولا كثير عتق
الاول او لم يعتق اختار مولى العبد الثالث او لم يختر ولا ضمان على الاول في شي
من ذلك لان الثاني خالف امره ومن الناس من خطا في هذا الحرف وقال ينبغي
ان يرجع الثاني على الاول لان الاول استعمل الثاني بالفعل ولم يوجد من
الثاني استهلاك يسقط الاضافة الى استعمال الاول لان قول الثاني خذه لا
غير به فصار كان الثالث اخذ بغير اذنه ولو اخذ بغير اذنه فالثاني يرجع على
الاول لذلك هنا قيل لم من مشايخنا رحمهم الله من قال انما لم يرجع لان محمدا
رحمه الله وضع المسئلة فيما اذا ضمن المغصوب منه الثاني بعد العتق وبعد
العتق صح امره فصار مستهلكا حتى لو ضمن الثاني قبل العتق كان لمولى
الثاني ان يرجع على الاول ومن مشايخنا رحمهم الله من قال لا يرجع في الحالين جميعا
وهو الاصح لان الرجوع على الاول لو ثبت انما يثبت بالاستعمال واستعمال
الاول بطل بقبض الثالث لانه تخلل بين الاستعمال والتلف فعل فاعل مختار
يقطع استعمال الاول فلا يرجع الثاني على الاول بحكم الاستعمال ولا يرجع بحكم
الايداع ايضا في الحال لان الاول عبد ولا بعد العتق ايضا لان الثاني خالف امر
الاول حيث امر الثالث بالقبض وصار مضيعا ولان ما لحق العبد الاول من
الضمان انما لحقه بالاستعمال وكان بعرض ان يتخلص منه بان يسترده ويدفعه
الى المالك فيسقط عنه الضمان فالثاني لما سلطه فقد اكد ذلك الضمان
عليه وعلى المؤكد ما على الموجب فلا يرجع الثاني على الاول لهذا وان الخيار

المغصوب منه تضمين العبد الاول كان لمولى الاول تضمين اي العبدين
شاء اما تضمين الثالث لانه قبض مال الاول بغير اذنه وتضمينه مقيد
لانه متى ضمنه لا يكون لمولاه الرجوع على الاول لان الاول استعمل الثالث
والاودعه ومتى ضمن الاول الثالث لم يكن للثالث تضمين الثاني قبل
العتق لان الثاني استعمل الثالث بالقبول فاذا عتق الثاني حينئذ يرجع
عليه لان الثالث مودع الثاني وقد لحقه ضمان بغير تعدي منه فيرجع عليه
واذا رجع الثالث على الثاني فهل يرجع الثاني على الاول ام لا على قول
اولئك المشايخ رحمهم الله الذين لو ضمن المغصوب منه الثاني وعلى قول بعض
المشايخ رحمهم الله الثالث انما يرجع على الثاني بعد عتق الثاني والمغصوب
منه لو ضمن الثاني بعد عتقه ثم يرجع الثاني عليه فكذا هذا واما لمولى العبد
الاول تضمين الثاني كاملا واذا ضمن مولى الاول الثاني كان لمولى العبد
الثاني تضمين الثالث لان الثالث غاصب مال مولى الثاني وتضمينه مقيد
له ملكا فان قيل وجب ان لا يكون لمولى الاول تضمين الثاني لان
الثاني يرجع على الاول لان الاول استعمله بالفعل فلا يفيد التضمين
قيل له مولى الثاني لا يرجع على مولى الاول لان الاول وان استعمله الثاني
بالفعل الا ان حكم استعماله انقطع حيث ورد عليه فعل فاعل مختار
وهو قبض الثالث فانفسخ حكم الاستعمال الاول الفصل الثالث
فيما اذا استهلك العبد الثالث والمسئلة بحالها فهو والاول سواء الا
في خصلة واحدة وهو ان العبد الثالث في الفصل الاول يرجع على العبد
الثاني بعد العتق لانه مودع الثاني وهنا لا يرجع وان عتق الثاني لان الثالث
استهلك ولو بعد ما ضمن بالاستهلاك فلا يرجع على ما ذكرنا رجل حر
اودع عبدا محجورا عليه الفا فاودع العبد عبدا مثله فهلك في يد الثاني
على قول ابي حنيفة رحمه الله لا ضمان على الاول ما لم يعتق ولا ضمان على الثاني
ابدا وعلى قول ابي يوسف رحمه الله ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني
في الحال وعلى قول محمد رحمه الله لا ضمان على واحد منهما ما لم يعتقا فان

عتق الاول وضمنه لم يرجع على الغر بشيء عتق او لم يعتق وان عتق الثاني
اولا فله ان يضمنه ولا يرجع الثاني على الاول بشيء حتى يعتق فان عتق حينئذ
يرجع عليه بما ضمن وهذه المسئلة فرع لمسئلتين ذكرتهما في كتاب الوديعة
احداهما ان المودع لا يملك الايداع عندنا وعند ابن ابي ليلى رحمه الله يملك
حتى لو هلك في يده لا يضمن لانه يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال
نفسه وقد يودع الانسان مال نفسه فكذلك له ان يودع الوديعة من غيره
فلا يصير ضامنا بالدفع الى غيره ليحفظ او يرد كما في حق من في عياله الا انا
نقول الحفظ مما يتفاوت فيه الناس والمالك انما رضي بحفظه وامانته
دون غيره فاذا دفع الى اجنبي فقد صار تاركا للحفظ الذي التزمه مستحفظا
من استحفظه منه فيكون ضامنا بخلاف من في عياله فان المودع هو الحافظ بيد
من في عياله لان من في عياله في يده وما في يد من في عياله كذلك فاما اذا دفع
الى اجنبي لا يكون هو حافظا له بل الاجنبي هو الحافظ له والمودع لم يرض
بهذا فيكون ضامنا حتى يعلم المودع بوصول المال اليه فان قيل كذلك يبرأ بوصول
المال الى يد صاحبه كما يبرأ الغاصب بوصول المغصوب الى يد صاحبه ولان
القياس لا يضمن ايضا بالدفع الى من في عياله الا انا استحسنا وقلنا بانه
لا يضمن لانه لا يجد بدا من هذا فانه اذا خرج من داره في حاجته لا يمكنه ان يحمل
الوديعة مع نفسه واذا خلفها في داره صارت في يد امرأته ومن في عياله حكما وما لا
يستطاع الامتناع منه فهو عفو والمودع لما علم بذلك كان راضيا به بخلاف
الدفع الى من ليس في عياله ثم اذا لم يكن له ولاية الايداع عندنا فاذا اودع وهلكت
في يد الثاني ضمن الاول لانه متعدي بالتسليم الى غير امين يحفظها ولا شيء على
مودع المودع في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله الثاني
ضامن ايضا لان الاول متعدي في التسليم بغير اذن المالك والثاني متعدي
في القبض بغير اذن المالك وكان له ان يضمن ايهما شاء كالغاصب مع غاصب الغاصب
فاذا ضمن الاول لا يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فتبين انه اودع ملك نفسه وقد
هلك في يد المودع وان ضمن الثاني يرجع على الاول لانه مغرور من جهته فانه لو ودعه

على لم يملكه فانه لا يلحقه ضمان ان هلك في يده واذا لحقه الضمان يرجع عليه
ولانه في القبض والحفظ كان عاملا له فيرجع عليه بما يضمن بسببه كمودع الغاصب
وابو حنيفة رحمه الله يقول الاول لم يصر ضامنا بالتسليم الى الثاني بدليل انه
لو سلمها اليه ليحفظها بحضرته فهلك لم يضمن واحد منهما وانما يصير الاول
ضامنا بترك الحفظ حين غاب بعدما سلمها الى الثاني والثاني لم يترك الحفظ
بل هو مقبل على الحفظ حين هلكت فلا يضمن شيئا يوضحه ان اصل قبض
الثاني لم يكن موجبا للضمان عليه حتى لو هلكت قبل غيبة الاول لم يضمن
ولم يوجد منه صنع بعد ذلك يصير به ضامنا والضمان لا يجب بدون الصنع وانما
وجد الصنع من الاول بالذهاب وترك الحفظ فلا يصير الثاني ضامنا وهو كثوب
هبت به الريح والقته في حجره فاذا هلك من غير صنعه لا يضمن يقرره ان الاول
لما لم يضمن بالتسليم وانما يضمن بتركها في يد الثاني بعد غيبته فقد صارت
يده يدا معتبرة في ايجاب الضمان على الاول ولا يمكن اعتبار تلك اليد بعينها
في ايجاب الضمان على الثاني كاجير القصار اذا دق الثوب فتخرق لما وجب
على الاستاذ بسبب فعل الاجير لم يجب على الاجير شيء لانه لو ضمن انما يضمن
بذلك الفعل ايضا والفعل الواحد لا يكون موجبا للضمان على شخصين بخلاف
الغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما انما صار ضامنا بفعله
وغصب احدهما غير غصب الثاني ولهذا يعتبر في حق كل واحد منهما قيمته
حين غصبه وكذلك في مودع الغاصب لان الضمان كان واجبا على الغاصب
قبل الايداع فلم يكن الفعل الواحد موجبا الضمان على شخصين والمسئلة
الثانية اذا اودع عبدا محجورا عليه او صبيا محجورا عليه مالا فاستهلكه
لم يضمن في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن في قول ابي يوسف
وان معي رحمهما الله يباع العبد به في الحال الا ان عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله ان كان العبد بالغا يؤاخذ به بعد العتق وان كان صبيا لا يؤاخذ به
لا في الحال ولا بعد البلوغ والعتق وجه قول ابي يوسف وان معي رحمهما الله
ان ضمان الاستهلاك ضمان فعل والصبي والبالغ فيه سواء لانه يتحقق الفعل

فهو جوده الا ترى ان الوديعة لو كانت عبدا او امة فقتلهما الصبي او العبد
كان ضامنا بهذا الطريق فكذلك سائر الاموال ولان سبب وجوب الضمان قد تحقق
فيجب الضمان كما لو اتلفه قبل الايداع وانما قلنا ذلك لانه اتلاف مال معصوم
ثم هو معصوم بعد ادائه وسائر هذه اسباب الضمان انه انما يجب الحجر
فيما سبيله ان يكون سببه الاتلاف لان المتلف هو الذي يحجر وكان الاتلاف هو
الداعي الى الحجر ولان الايداع من الصبي باطل لانه استحفاظ من لا يحفظ وكانه
لم يودعه وجاء واتلفه واستحفاظ من لا يحفظ تضييع للمال وكانه القاه على
قارعة الطريق واتلفه الصبي فانه يضمن ولانه لا يخلو اما ان يصح الايداع
او لم يصح فان لم يصح فوجوده كعدمه وان صح صار بمنزلة البالغ اذا اودع عنده
شيء فاتلفه وكالصبي المأذون له والعبد المأذون له وتحقيقه ان المأذون له
ساوى المحجور عليه فيما لا يدخل تحت الحجر لانهما ما افترقا الا في الاذن واثر الاذن
في رفع الحجر فيما يدخل تحت الحجر ولهذا استويا في الغصب والاتلاف ولحجة ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله ما قال في الكتاب انه صبي وقد سلطه رب المال على
ماله حين دفعه اليه وفي تفسير هذا التسليط نوعان من الكلام احدهما انه سلطه
باعتبار العادة لان عادة الصبيان اتلاف المال لقلة نظرهم في عواقب الامور
فهو لما مكنه من ذلك مع علمه بحاله يصير كالاذن له في الاتلاف وقوله احفظ لا
يخرج من ان يكون اذنا له لانه انما خاطب بهذا من لا يحفظ فهو كتقديم الشعير بين
يدي الحمار اذا قال لا تأكل بخلاف العبد والامة لانه ليس من عادة الصبيان القتل
لانهم يهابون القتل ويفرون منه فلا يكون الايداع تسليطا على القتل باعتبار
عادتهم وهذا بخلاف الدابة فان من عادتهم اتلاف الدواب بركوبهم فيثبت
التسليط في الدابة بطريق العادة ولان للعبد يدا على نفسه بحفظها بها فلم يوجد
التسليط على الكمال لوجود المانع الحقيقي بخلاف المأكول والملبوس وغيرهما
لوجود الداعي وعدم المانع والثاني وهو الاصح ان نقول معنى التسليط تحويل
يده في المال اليه وازالة المانع ولان التسليط هو التمكين ولهذا يقال سلط
فلان فلانا على فلان وعلى هذا الامر اي قدره عليه وسمي السلطان سلطانا

لقدرته على الرعية او بمعنى هذا وهو تحويل اليد اليه وتقريب المحل منه
فان المالك باعتبار يده كان متمكنا من استهلاكه فاذا حول يده اليه صار ممكنا
له من استهلاكه بالغا ما بلغ فكان الموضع اوصيا الا انه بقوله احفظ قصد ان يكون
هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره وهذا صحيح في حق البالغ باطل
في حق الصبي والعبد فيما يرجع الى المولى لانه التزام بالعقد والصبي والعبد
ليس من اهله فبقي التسليط على الاستهلاك بتحويل اليد اليه مطلقا بخلاف العبد
والامة فان المالك باعتبار يده ما كان متمكنا من قتله فتحويل اليد اليه لا يكون
تسليطا على قتله ولان الايداع لم يخل الملك تصرف في ملكه والمملوك في حق
الدم مبقى على اصل الحرية فلا يتناوله الايداع والتسليط ثبت باعتبار ان بخلاف
ما لو قال اوقد عندي لان ذلك استعمال ومن الاستعمال وراء التسليط فان بعد
الاستعمال ذا لحقه ضمان يرجع على المستعمل وبعد التسليط يسقط حق
المسلط في التضمين لرضاه به ولا يثبت لاحد حق الرجوع عليه ولهذا قلنا
في مسئلتنا ان الصبي المستهلك اذا ضمن للمستحق لا يرجع على المودع بخلاف ما لو
قال اتلفه فذلك استعمال للصبي وهذا تسليط بمنزلة قوله احب لك ان تأكل
هذا الطعام لم يثبت ولو قال ذلك فاكله الصبي لم يضمن ولو استحق وضمنه
لا يرجع على الذي قال له وهذا لانه انما لزمه الضمان بفعله ومن ضمن بفعله لا يرجع
على الغير الا اذا ضمن الغير العهدة اما صريحا او دلالة وظاهر ان المودع لم يلتزم
صريحا واما دلالة لانه لم يطلب منه الاتلاف فان الامر طلب الفعل وطلب
الفعل دليل الالتزام لان الانسان لا يعمل لغيره عملا الا اذا ضمن له ذلك
الغير عهدة ذلك العمل فيكون الطلب دليلا على تكفله له بالعهدة الا ان
ابا يوسف رحمه الله يقول قوله احفظ بمنزلة الاستثناء حكما ولو نطق بالتسليم
والاستثناء يصح من المتكلم على نفسه في حقه ولا يعتبر لصحة حال المخاطب
به او سوء ولانه لو علمه بل باستثنائه يخرج ما وراء الحفظ من هذا التسليط
فاذا استهلكه الصبي كان مستهلكا بغير اذنه ولهذا لو استهلكه بعد البلوغ
يضمن ولكن ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا التسليط بالفعل وهو نقل اليد

مطلقا وقوله احفظ كلام فلا يحتمل استثناء الفعل المطلق بل يكون معارضا
لذلك الفعل الذي هو تسليط فلا يكون معارضا الا بعد صحته حكما بكون
المخاطب من اهل الالتزام بالعقد وذلك في حق البائع دون الصبي فبقي
التسليط مطلقا في حق الصبي والدليل عليه ان الصبي لو ضيع الوديعة بان رأى
انسانا يأخذها او دل على اخذها لم يضمن والبائع يضمن مثله فعرفنا ان العارض
صحيح في حق البائع دون الصبي واما اذا بلغه بعد البلوغ فلان الصحة كانت
موقوفة على اجازة الولي او بلوغه واذا بلغ صح العقد فصار بمنزلة البائع ولهذا
لو ترك الحفظ بعد البلوغ يضمن قوله لا يخلو اما ان صح الايداع او لم يصح قلنا صح
في حق التسليط لا في حق وجوب الحفظ وبالوصف الاول فارق ما قبل البلوغ
ما بعده وبالوصف الثاني فارق ايداع البائع ولا نسلم هذا او جب لم لا يجب
الضمان لانه انما وجب جبرا او دفعا للضرر والتسليط دليل الرضى ولان
الدليل يقتضي عدم وجوب الضمان بالاتلاف لان المتلف اضر بالمالك ولم ينتفع
هو بالمال ومتى وجب الضمان يتضرر هو وينتفع المالك فكان الانتفاع زايدا
على الموجود وضمان العدوان مقيد بالمثل فكان ينبغي ان لا يجب الا ان الشرع
ورد بالوجوب اذا كان الاتلاف من غير تسليط نظرا للمتلف عليه وسدا
لباب العدوان ولا يمكن الحاق هذا به لان الاتلاف في صورة التسليط في كونه
تعديا دونه في عدم التسليط ولان التسليط سبب للاتلاف والاتلاف
الصادر عن سبب المالك لا يوجب الضمان كما لو وضعه في يده ولم يأمره بحفظه
ولا نهاه عن اتلافه بخلاف ما اذا كان الصبي والعبد مأذونا لان العارض قد صح
في حقهما وفي حق المولى فان المأذون من اهل الالتزام بالعقد ولهذا يؤاخذ
بضمان الغصب وبخلاف البائع لان العارض صح في حقه ولانه وان وجد الداعي
الى الاتلاف ولكنه مقدار الا انه وجد المانع ايضا وعلى هذا الخلاف لو اقرض
الصبي المحجور عليه او العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لان التسليم اليه تسليط
وقوله اقرضتك معارض كقوله احفظ في الوديعة وكذلك لو باع من صبي محجور
عليه او عبد محجور عليه شيئا فاستهلكه لان التسليم اليهما تسليط وقوله

بعت معارض فلا يعمل هذا المعارض في حق الصبي اصلا او في حق العبد
حتى يعتق ولو اودع رجلا شيئا فاستهلكه ابن له صغير او عبد له فعلى
المستهلك ضمانه في الحال لان قبول الوديعة يكون اذنا لمن في عياله ان يحفظها
والصبي والعبد اذا كانا مأذونا في حفظ الوديعة يؤاخذ بضمان الاستهلاك
فكان وجوب الضمان باعتبار كونه مأذونا من جهة المودع فهذا كما لو اذن له
في قبض الوديعة ابتداء سواء اذا عرفنا هذا فنقول اذا اودع عبدا محجورا عليه
الفا فاودع العبد عبدا مثله فهلك في يده فلا ضمان على واحد منهما
قبل العتق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على الاول فلانه مودع استودع
الوديعة بالدفع والعبد المحجور اذا استهلك الوديعة لا يضمن عندهما قبل
العتق واما على الثاني اما على قول ابي حنيفة رحمه الله فلانه مودع المودع
ولم يوجد منه التعدي واما على قول محمد رحمه الله فلان مودع المودع وان كان يضمن
عنده لكن تعذر التضمين هنا لانه لو ضمنه لرجع هو على العبد الاول لانه
استعمله بالفعل بغير اذن مولاه فيكون قرار الضمان على الاول وليس للمالك
تضمين الاول لانه مودع مسلط فلا يكون له حق تضمين من يرجع بالضمان
عليه لانه في الحاصل تضمين الاول وابو يوسف رحمه الله مر على اصله وقال
له ان يضمن ايهما شاء في الحال لان الاول مودع استهلكه والثاني مودع المودع
وكلاهما ضامن عنده فان ضمن العبد الاول لم يكن لمولى الاول تضمين الثاني
وان صار الثاني غاصبا ماله لانه لو ضمن الثاني كان للثاني ان يرجع عليه لان الاول
استعمله بالفعل فلا يفيد الرجوع على ما ذكرنا وان ضمن العبد الثاني يرجع مولى
الثاني على الاول لان الاول صار مستعملا بالفعل وتضمينه مفيد فان عتق
العبد الاول كان لرب المال تضمينه بالاجماع لانه لما عتق عمل شرط الحفظ
عمله فيضمن بتركه فاذا ضمن الاول لا يرجع على الثاني لانه ظهر ان الاول
اودع مال نفسه والثاني مودعه ولم يوجد منه تعدي فلا يضمن عتق ام لا
وان عتق الثاني ليس لرب المال تضمين الثاني في قول ابي حنيفة رحمه الله لانه
مودع المودع فلا يضمن وله تضمين الثاني عند محمد رحمه الله لان مودع المودع

ضامن عنده لكن لو ضمن قبل العتق لم يرجع على الاول بالاستعمال فيكون قرار
الضمان على الاول وهذا لا يجوز فاذا ضمنه بعد العتق لا يرجع على الاول بالحال
لا ينتظر ان الاول استعمله الحر في حقه فله ان يضمن الثاني فاذا ضمن الثاني ثم عتق
الاول يرجع عليه لانه مودعه ولم يوجد منه التعدي ولو كان العبد الاول اودع
المال حرا والمسألة بحالها فعند ابي حنيفة رحمه الله ليس لرب المال ان يضمن العبد
لانه مودع مسلط ولا ان يضمن الحر لانه مودع المودع وعند محمد ليس له ان
يضمن العبد وله ان يضمن الحر لان مودع المودع ضامن عنده ولا يرجع به الحر على
العبد في الحال فكان التضمين مفيدا او يرجع الحر على العبد اذا اعتق وعند ابي
يوسف يضمن ايهما شاء فان ضمن العبد رجع مولاه على الحر لانه صار غاصبا
ماله وان ضمن الحر رجع على العبد بعد العتق لا قبله لما قلنا رجل اودع
عبده الفا فاودع عنده حرا او عبدا مثله فهلكت عنده اما اذا كان الثاني
حرا فليس له ان يضمن واحدا منهما اما العبد وان صح اشتراط الحفظ عليه لان
للمولى ان يستعمل عبده للحفظ الا ترى انه لو امره بحفظ ماله صح فهذا اولى
التضمين لانه غير مفيد واما الحر فلانه مودع المودع واما عند محمد رحمه الله
له تضمين الحر لانه مودع المودع ومتى ضمن لا يرجع على عبده في الحال لانه لا
يؤاخذ بضمان الاموال وانما يرجع عليه اذا اعتق وكذلك عند ابي يوسف واما
اذا كان الثاني عبدا فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لان الثاني مودع المودع
وعندهما له تضمين الثاني لان عندهما تضمين مودع المودع فان قيل وجب
ان لا يكون له تضمين الثاني بالغصب لانه لو ضمن الثاني يرجع مولى الثاني على
الاول لان الاول استعمله بالنقل فلا يفيد التضمين قيل له يفيد لان
الثاني ان يرجع على الاول لا يأخذ منه عين ما اخذ الاول لان المأخوذ بدل كسب
المولى ابدا كسب العبد ودين العبد لا يتعلق بكسب المولى وانما يتعلق برقبة
العبد وهما مالان مختلفان فكان التضمين مفيدا فرق محمد رحمه الله بين مال
المولى وبين مال الاجنبي اذا كان الثاني عبدا او الفرق بين الوديعة اذا كانت
مال المولى لو ضمن المولى العبد الثاني بسبب انه مودع مودعه مع علمه انه متى

ضمن الثاني يرجع على الاول بسبب استعمال الاول الثاني صار راضيا بوجوب
الضمان على الاول بسبب استهلاك الاول الوديعة ويجوز ايجاب الضمان على
المحجور برضى مالكه بخلاف ما اذا كان المودع غير المولى لانه يؤدي الى ايجاب
الضمان على المحجور بسبب استهلاك الوديعة لا برضى مالكه وانه لا يجوز رجل
اودع عبدا محجورا عليه الفا فاودع العبد عبدا مثله مناوله فاستهلك الثاني
فلا سبيل لرب المال على الاول ويضمن الاخر وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله لما
قلنا وعند ابي يوسف له ان يضمن ايهما شاء وكذلك عند محمد رحمه الله لان
مودع المودع عنده ضامن واما الضمن هنا اذا هلك عنده لانه لو ضمن رجع
به على الاول فيكون قرار الضمان على المودع المسلط وهذا لا يجوز فاذا استهلك
لو ضمن لا يرجع على الاول فيمكن تضمينه فعند ابي حنيفة رحمه الله مودع المودع
انما لا يضمن الوديعة عنده اما اذا استهلكها يضمن واذا ضمن الاخر لم يكن
لمولاه ان يرجع على الاول لانه ضمن باستهلاكه لا باستعمال الاول ولو ان الثاني
اودع عبدا ثالثا ودفع الوديعة اليه وهلكت الوديعة عند الثالث والمسألة
بحالها اما التفريع على قول ابي حنيفة رحمه الله ان يقول ليس له تضمين الاول
قبل العتق وان صار مستهلكا بالدفع الى الثاني لانه مودع مسلط فاذا اعتق
الاول وضمنه لم يرجع على الثاني لان الاول ملك المضمون باداء الضمان فصار
كحر اودع عبدا محجورا عليه مالا فاستهلكه بالدفع الى اخر فلا يضمن ما لم يعتق
فاذا اعتق وضمنه الاول لم يرجع هو على الثالث قبل العتق ولا بعده وله ان يضمن
الوديعة يضمن الثاني وهو الاوسط وان كان هو مودع المودع لانه صار
مستهلكا بالدفع الى الثالث فيضمن فاذا ضمن الثاني لا يرجع مولى الثاني على
الاول وان صار الاول مستعملا للثاني في الدفع اليه لان الثاني صار مستهلكا
بالدفع الى الثالث فانقطع حكم الاستعمال ولا يرجع مولى الثاني على الثالث
وان صار الثالث غاصبا مال مولى العبد الثاني لانه لو رجع على الثالث يرجع
مولى الثالث على مولى الثاني فيأخذ منه عين ما اخذ منه لان الثاني صار مستعملا
للثالث والثالث ليس بمستهلك لينقطع الاستعمال فلا يفيد التضمين فاذا اعتق

الثالث رجع مولى الثاني عليه لانه لو رجع عليه لا يرجع هو عليه والاستعمال لانه
ظهر انه استعمل الحر فبعد الضمان فاذا اعتق الثاني حينئذ رجع عليه الثالث
لانه مودعه لكن ما دام الثاني عبدا لا يؤاخذ بالقول فاذا اعتق يؤاخذ به واما التفريع
على قول محمد رحمه الله فنقول ليس لصاحب الوديعة تضمين العبد الاول قبل
العتق لانه مودع مسلط فاذا اعتق ضمنه واذا ضمنه لم يكن له تضمين الثاني ما لم
يعتق لان الاول صار كالحر اودع عبدا واستهلكه العبد بالدفع الى الحر فلا يضمن
ما لم يعتق ولا يكون للاول تضمين الثالث ايضا قبل العتق وان كان مودع
مودعه ومودع المودع عنده يضمن لانه لو ضمن الثالث لرجع الثالث على الثاني
بسبب الاستعمال وليس للاول ولاية تضمين الثاني قبل العتق فلا يكون له
ولاية تضمين من يرجع على الثاني ايضا فاذا اعتق الثاني كان للاول تضمين الثاني
ثم الثاني لا يرجع على الاول بالاستعمال ولا بالايداع لانه صار مستهلكا بالدفع
الى الثالث ولا يرجع الثاني ايضا على الثالث لانه صار كالحر اودع عبدا ماله
فهلك عنده واذا لم يكن لصاحب الوديعة تضمين الاول قبل العتق فان شاء ضمن
الثاني وان شاء ضمن الثالث اما الثاني فلانه ليس في تضمينه تضمين الاول الذي
هو مودع مسلط من جهته لان الثاني لا يرجع على الاول لانه صار مستهلكا
بالدفع واما الثالث فلانه مودع مودعه وانه ضامن عنده وليس في تضمينه
تضمين من هو مسلط من جهته لان الثالث لا يرجع على الاول لانه ما جرى بين الاول
وبين الثالث سبب ولد ولانه يضمن الثاني مكانه ولانه يضمن من يرجع على
الثاني ثم الثاني لا يرجع على الاول لما قلنا فان اختار صاحب الوديعة تضمين الثاني
لا يرجع مولى الثاني على الاول وان صار الاول مستعملا له لما قلنا انه مستهلك
ولا يرجع على الثالث لانه لو رجع على الثالث لرجع الثالث عليه بعين ما اخذ بسبب
الاستعمال الا اذا اعتق الثالث فحينئذ رجع عليه مولى الثاني ثم اذا اعتق الثاني
رجع عليه الثالث وان اختار صاحب الوديعة تضمين الثالث كان لمولى الثالث
الرجوع على الثاني بالاستعمال فبعد ذلك يصير الجواب كالجواب فيما اذا اختار
صاحب الوديعة تضمين الثاني واما التفريع على قول ابي يوسف رحمه الله ان نقول

لصاحب الوديعة الخيار في تضمين ايهم شاء فان اختار تضمين الثاني والثالث
كان الجواب فيه كالجواب على قول محمد رحمه الله وان اختار تضمين الاول
يخير مولى الاول بين تضمين الثاني وبين تضمين الثالث اما الثاني فلانه
غاصب ماله والتضمين مفيد لانه لا يرجع على الاول بحال لانه صار مستهلكا
بالدفع الى الثالث واما الثالث فلانه صار غاصبا ماله والتضمين مفيد
لانه لا يرجع على الاول لانه لم يجر بينه وبين الاول سبب فاذا ضمن الثاني لا
يرجع على الثالث لانه لا يفيد الا اذا اعتق الثالث ثم الثالث يرجع على الثاني
اذا اعتق فاذا ضمن الثالث رجع مولى الثالث على الثاني بالاستعمال لانه لا يرجع
مولى الثاني على الثالث حتى يعتق لان الرجوع قبل العتق لا يفيد فاذا اعتق
الثالث رجع مولى الثاني عليه ثم اذا اعتق الثاني رجع الثالث عليه ولو اودع
عند عبد محجور عليه مالا فامر العبد عبدا بقبضها ودفعه فقبضها وضاع
عند الثاني لا يضمن الاول اما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلانه لو استهلك
لا يضمن فهذا اولى واما عند ابي يوسف فلان الموجود منه ترك الحفظ بالامر
بالقبض وانه قول والمحجور لا يؤاخذ بقوله قبل العتق واما الثاني فلا ضمان
نص وهو قول ابي يوسف فلان مودع المودع ضامن بكل حال وعند محمد
رحمه الله لذلك اذا لم يكن في تضمينه رجوع الضمان على المودع وليس فيه ذلك
هنا لان المودع الاول صار مستعملا اياه بالقول لا بالفعل فلا يؤاخذ به في وقت
لم يكن للمودع تضمينه واما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يضمن الثاني لانه مودع المودع
لانه نصب امينا من قبله وكل جواب ذكرناه في المحجور فكذلك الصبي الذي
يعقل البيع والشراء والمعتوه الذي في فصله سوى ان العبد يضمن بعد العتق
والصبي والمعتوه لا يضمنان بعد البلوغ والافاقة لان العبد من اهل الالتزام
بالقول فصح الالتزام في حقه الا انه لم يظهر الالتزام في حق المولى نظرا له فاذا زال
حق المولى ظهر الالتزام اما الصبي والمعتوه فليسا من اهل الالتزام لنقصان
عقلهما فسدت عبارتهما شرعا فيما يضرهما فلم يصح الالتزام اصلا لا في
حقهما ولا في حق غيرهما فلا يلزمهما شيء بحال بمنزلة النائم والمجنون اذا التزما شيئا
لا يصح اصلا والله اعلم

كتاب البيوع

باب العيوب

في البيوع أصل الباب أن المشتري إذا طعن بعيب
في المشتري وأراد الرد لا يجعل القاضي البائع خصما له ما لم يثبت قيام
العيب الذي ادعاه في يده للحال لأن ظهور العيب عند المشتري شرط
لصحة الخصومة والدعوى فإنه لو كان معيبا وقت البيع وزال في يده لا يصح
دعواه لسلامة المبيع له بوصف السلامة وبعد ما ثبت قيامه في يده بالمعاينة
وإقرار البائع أو البينة وتوجهت الخصومة انتصب لحق الرد ما لم يعلم وجوده
عند البائع لجواز الحدوث في يده ولا يقال وجب أن لا يصح دعوى العيب
لأن إقدامه على الشرى إقرار بعدم العيب لأن الظاهر عدم شرى المعيب
فكان مناقضا في دعوى العيب لأنا نقول هذا اعتراض على صاحب الشرع
صلى الله عليه وسلم فإنه قال من اشترى شاة محفلة فوجدها مصراة فهو بخير
النظرين أثبت له حق الرد بالعيب ولأن الظاهر وإن كان عدم العيب لكنه
يحتمل وجوده بأصل الخلقة أو طريانه فلا يكون الإقدام على الشرى إقرارا
بعدمه وقد تيقنا بوجوده حقيقة أو بحجة شرعية وهذا بخلاف خيار الرؤية
حيث يكون القول قول المشتري مع يمينه في عدم الرؤية لأنه متمسك بالأصل
فكان الظاهر شاهدا له وهذا لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة ولهذا لا يملك
التفريق قبل الرؤية وينفرد بالرد فهو من حيث ينكر اللزوم فيكون
القول قوله مع يمينه بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة حتى لا ينفرد
بالرد ويملك التفريق ولو أراد الرد واختلفا في البيع فالقول قول البائع وكان
مدعيا فسخ العقد بعد تمامه والبائع منكر فيكون القول قوله ولهذا قلنا في
الأشياء التي تعرض بالأنموذج يكون رؤية بعضه كرؤية كله في سقوط الخيار
وليس له حق الرد إلا إذا كان المعوض أردى مما رأى لعدم رضاه إلا بتكميل
الصفقة وإن اختلفا فقال المشتري قد تغير وقال البائع لم يتغير فالقول قول
البائع مع يمينه وعلى المشتري البينة لأن دعوى التغير بعد ظهور سبب
لزوم العقد وهو رؤية جزء المعقود عليه بمنزلة دعوى العيب في المشتري

ظهور العيب عند المشتري شرط صحة الدعوى

القول قول المشتري مع يمينه في عدم الرؤية إذا كان له خيار الرؤية

رؤية البعض كرؤية الكل في سقوط الخيار في الأشياء التي تعرض بالأنموذج

أي على وجه واحد أخرى

فعرف أن البائع متى أقر بقيام العيب وقت البيع أو وقت
التسليم ثم ادعى زواله وأنكر المشتري وتعذر معرفته بأن كان المبيع هالكا
أو غائبا فالقول قول المشتري لأنه أقر بثبوت حق الفسخ وادعى زواله
فيصدق القول قول المشتري لأنه هو المنكر كما لو أقر بالدين وادعى الإيفاء
أو الإبراء فإن القول قول رب الدين بخلاف ما لو ادعى المشتري وأنكر البائع لأنه
لم يقر بثبوت حق الرد أصلا كما في الدين وإن أقر البائع بعيب مبهم وقت البيع
أو وقت التسليم ثم عينه فالقول قوله لأنه هو المجمل فكان البيان إليه إذا عرفنا
هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى عبدا وقبضه ثم ادعى أنه كان آبقا
عند البائع أو سارقا أو مجنونا أو بوالا فإن مطلق العقد يقتضي صفة السلامة
نظرا إلى حال المتعاقدين ولما ذكرنا من الحديث فإذا وجده معيبا بعيب
ينقصه الثمن فيثبت الخيار للمشتري ثم العيوب التي يطعن المشتري بها إما
أن يكون ظاهرا أو هو في موضع يراه القاضي وغيره كالعمى والإصبع الزائدة
والقرحة أو باطنا فإن كان ظاهرا نظر القاضي فإن وجد العيب سمع الخصومة
وإلا فلا لأن قيام العيب شرط توجه الخصومة وحقيقة معرفة ذلك بالرؤية
ممكن كما لو ادعى على رجل أنه قطع يده وعليه القصاص أو الأرش نظر القاضي
إلى يده كذلك هنا فإذا عاينه وسمع الخصومة فلا يخلو من أربعة أوجه إما أن يحدث
مثله كالإصبع الزائدة أو لا يحدث أو لا يحدث في يد المشتري لتقرر مدة الشرى
وقد علم القاضي مدة الشرى أو أقر البائع بالمدة أو علم القاضي بكونه معيبا
في يد البائع أو لا يحدث في المدة التي أشير إليها أو يجوز حدوثه في يد المشتري
أو كان مشكلا ففي الوجه الأول والثاني يثبت للمشتري حق الرد لأن القاضي تيقن
بقيام العيب عند البائع وثبوت حق الرد له إلا أن يدعي البائع رضا المشتري بالعيب
أو إبراءه أو علمه به وقت العقد أو القبض فيكون القول قول المشتري مع يمينه لأنه
ينكر سقوط حق الرد بالرضا بالعيب بعد وجود سببه إلا أن يقيم البائع البينة
على ما ادعى من العلم أو الرضا فيبطل حق الرد وكذا إذا نكل المشتري وفي الوجه
الثالث والرابع إن أقر البائع أن العيب كان عنده وقت البيع أو التسليم أو قام

المشتري البينة على ذلك فلا يكون له حق الرد عليه الا اذا ادعى البائع الرضى او الابراء
كما ذكرنا وان انكر البائع قيام العيب وقت البيع او التسليم ولم يقم المشتري بينة
كان القول قول البائع لان المشتري يدعي الفسخ بسبب عارض والبائع ينكر
فكان القول قوله مع اليمين وهذا لان الاصل في الحوادث ان يحال بحدوثها الى
اقرب الاوقات الممكن ومن ادعى تاريخا سابقا فعليه اثباته بالحجة فرق بين هذا
وبينما اذا اشترى عبدا او ادعى البائع انه كان رآه وانكر المشتري فان القول
قول المشتري وان ادعى حق الفسخ لما ذكرنا انه ادعى الفسخ بسبب هو اصل وهو عدم
الرؤية والرؤية عارض فكان القول قوله في حدوث الرؤية لانه منكر ثم ثبت حق
الفسخ ضرورة عدم الرؤية وكان دعوى الفسخ بناء على معنى هو منكر لحدوثه وهو
الرؤية فاما هنا حق الفسخ بناء على وجود العيب والعيب عارض والسلامة اصل
وكان يدعي حق الفسخ بناء على معنى هو مدع لحدوثه وهو العيب عند البائع
وكان منكرا من كل وجه فكان القول قوله وفرق بين هذا وبين البائع اذا قال
بعد استيفاء الثمن وجدته زيوفا كان القول قوله وان كان يدعي حق الفسخ بسبب
عارض وهو العيب والفرق وهو ان البائع هنا منكر قبض حقه لان حقه ليس
بمعين ليعرف بالعيان وانما يثبت حقه دينا والجيد غير الردي فكان منكرا
قبض اصل حقه بدعوى الرداءة فكان القول قوله اما هنا حق المشتري في المبيع
العين والعين يعرف بالعيان فلم يكن المشتري منكرا قبض اصل حقه بل كان
مدعيا حق الفسخ بسبب عارض والبائع منكر فكان القول قوله واذا كان القول
قول البائع يحلف البتة لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب اما حلفه(?) اليمين لان
القول قول البائع فيما يلزمه فيه الخصومة والتي ما يصح بذله فيجري فيه اليمين
كما في دعوى الاموال واما البتات لان اليمين على فعله وهو التسليم على الصفة
التي اقتضاه العقد واما الجمع بين البيع والتسليم فهو المذكور في الجامع وذكر
في الاستحلاف وقال يحلف بالله لقد سلمته وما به هذا العيب وذكر في
الاستحلاف عن شمس الائمة رحمه الله انه يحلف على الحاصل بالله ما له قبلك
حق الرد بالسبب الذي يدعيه المشتري وفي رواية الجامع انه لو حلف على البيع

وحده

وحده بالله لقد باعه وما به هذا العيب يتضرر به المشتري لجواز انه حدث
بعد البيع قبل التسليم فلا يبالي البائع بالحلف لانه يكون بارا في يمينه ولو اقتصر
على مجرد التسليم يتضرر المشتري ايضا لانه ربما نسي ولو تسلم العبد بحكم عقد
اخر من اجارة او اعارة ووجد قبل البيع سوى ذلك التسليم فيكون بارا في
يمينه فوجب الجمع بين البيع والتسليم دفعا للضرر عن المشتري وفي رواية الاستحلاف
اما لو جمعنا بينهما كان يشترط حينئذ قيام العيب وقت البيع والتسليم جميعا وربما
حدث بعد البيع قبل التسليم فاذا جمع بينهما لا يبالي من الحلف لانه يكون
بارا لان الحنث يتعلق بقيام العيب في الحالين والمعلق بالشرطين لا ينزل الا عند
وجودهما فيتضرر به المشتري وكان هذا هو الصحيح لكن يجب ان يزاد في
الاستحلاف حرف بالله لقد سلمته بحكم هذا البيع الذي يدعي وما به هذا
العيب وفي رواية [illegible] رحمه الله ان في التحليف على هذا الوجه ضررا بالبائع
لجواز ان المشتري ابراه عن هذا العيب فمتى حلف البائع على هذا الوجه يحلف
فيقضى عليه بالرد وليس للمشتري حق الرد فيتضرر به البائع فيحلف على
الحاصل نظرا للجانبين وكان هذا اصح قال الصدر الشهيد رحمه الله وعلى
هذا اعتمدنا في شرح الجامع الصغير وشرح مختصر الكافي وعن محمد رحمه الله
فيما ذكر في الجامع ليس بيان كيفية اليمين ليس حدها وان كان غرضه التحليف
على السبب ذكر محمد رحمه الله في المبسوط التحليف على القبض بالله لقد باعه وقبضه
المشتري وما به هذا العيب وهكذا ذكره الحاكم رحمه الله في المختصر وذكر في الجامع
التحليف على التسليم بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وهكذا ذكر الكرخي
رحمه الله وهو الصحيح لان التحليف على البتات انما يكون على فعل نفسه وفعله
التسليم دون القبض قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله والاول اصح يعني الجمع لان
البائع يبيع العبد عند البيع وعند التسليم فلا يكون بارا في يمينه اذا المكان العيب
متعينا في الحالين جميعا والتحليف على الحاصل قول ابي حنيفة ومحمد كما في ساير الدعاوى
اما عند ابي يوسف التحليف على ظاهر الدعوى لانه انكر دعوى المدعي فيحلف
على ما انكر الا اذا عرض فيحلف على الحاصل فيما ذكرنا من العيب الظاهر اذا ادعى

رضي المشتري او عليه يحلف المشتري انه ما علمت به قبل الشرى ولا رضيت به بعد
ما اشتريت ولا عرضته على بيع بعد ما علمت واكثر القضاة على انه يحلف بالله ما سقط
حقك في الرد بهذا العيب من الوجه الذي يدعي البائع لا صريحا ولا دلالة لان في الاسباب
المبطلة كثرة لا يمكن حصرها فيحلف على هذا الوجه وكذا لو ادعى البائع ان المبيع ليس
بمملوك له في الحال يحلفه القاضي على ذلك ولو ان البائع لم يدع شيئا من ذلك هل يحلفه
القاضي من غير دعوى في ظاهر الرواية لا لان حقوق العباد لا يستوفى الا بطلبهم
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يحلفه نظرا للبائع وصيانة لقضائه عن النقض والبطلان
واجمعوا على انه لو ادعى الدين على الميت واقام البينة فان القاضي يحلفه بالله ما
استوفيته ولا شيئا منه وان لم يطلب الورثة او الوصي يمينه بل يستحلف وان ابوا
لانه يدعي على الميت وهو عاجز عن النظر لنفسه فيتولى القاضي صيانته ثم انما يحلف
المنكر منهما اذا لم يكن للمدعي بينة حاضرة اما اذا كان له بينة حاضرة في المصر لا يحلف
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان الشهود في مجلس الحكم فكذلك لتمكن
المدعي من اثبات حقه بالشهادة في الحال اما اذا لم يكونوا في مجلس الحكم يحلف
لان له غرضا صحيحا في الاستحلاف بقصر المسافة والمؤنة باقرار المدعى عليه
او نكوله فيتوصل الى حقه في الحال وكان له ان يطلب يمينه وابو حنيفة رحمه الله تمسك
بظاهر قوله عليه السلام للمدعي الك بينة فقال لا فقال عليه السلام اذا لك يمينه ولان
المشروع انما يكون خلفا عن حق المدعي اذا كان عاجزا لم يكن له شهود حضور ولو استحلف
القاضي الخصم مع حضور الشهود لكان في ذلك افتضاح المسلم الا اذا اقام المدعي
البينة بعد ذلك والرجل والمرأة والعبد التاجر والمكاتب والصبي المأذون في
ذلك سواء واطلاق هذا اللفظ دليل ان الصبي المأذون والعبد يستحلف في الدعاوى
لان فائدة اليمين حق المدعي من حقوق العباد والصبي والعبد المأذون كالبالغ وهذا
لان الاستحلاف لرجاء النكول الذي هو قائم مقام الاقرار وكل من كان اقراره صحيحا
يستحلف لرجاء نكوله وعند ابي حنيفة رحمه الله النكول وان كان بمنزلة البذل الا ان
البذل المفيد صحيح من المملوك والصبي المأذون هكذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله
في الاقرار وذكر الفقيه ابو الليث في النوازل اذا ادعى على الصبي المأذون دينا فانكر لا يمين

عليه

عليه لانه لا يحنث في يمينه ولا يلزمه الدين الا باقرار او بينة قال وهذا قول نصير
رحمه الله اما علماؤنا رحمهم الله قالوا في كتاب الاقرار ان الصبي المأذون يحلف
وبه نأخذ لان المقصود باليمين النكول وهو يشكل كالكبير وفي واقعات الناطفي
رحمه الله ابن سماعة عن محمد رحمه الله يحلف ويقضى عليه بالنكول وهو في ذلك
بمنزلة الكبير وذكر مسائل رواية لعدم اليمين عليه قال الصدر الشهيد رحمه الله
فيجوز ان يكون المسألة على الاختلاف بناء على ان النكول بذل او اقرار فمن جعله بذلا
وهو ابو حنيفة رحمه الله لم يحلفه لانه لا يملك البذل ومن جعله اقرارا وهو
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله حلفه لان اقراره جائز الا ان شمس الائمة السرخسي رحمه الله
زعم انه قول ابي حنيفة رحمه الله ايضا على ما ذكرنا وذكر في المأذون المولى
اذا حجر على عبده بعد ما باع شيئا وتقابضا فوجد المشتري بالمبيع عيبا فالخصم
فيه العبد لان الرد بالعيب من حقوق العقد فيرجع على العاقد وليس للمولى
ان يبطل حق المشتري فان اقام المشتري البينة رده عليه وان لم يكن له بينة
على العيب فاليمين على العبد دون مولاه لانه هو الخصم فان حلف برئ وان نكل
رد عليه بالعيب وكان النكول بمنزلة البينة على العيب لا بمنزلة الاقرار لانه
لا يعلم يقينا انه ليس به العيب فله ان لا يحلف على شيء لا يعلمه وكان مضطرا
في النكول والنكول من المضطر بمنزلة البينة كما قلنا في الوكيل بالبيع اذا رد عليه
المبيع بنكوله عن اليمين كان ذلك ردا على الموكل ويكون كالرد بالبينة ولو اقر
العبد بالعيب عند القاضي فان كان العيب يحدث مثله جاز اقراره لعدم التهمة وان
كان لا يحدث مثله لا يصح اقراره لمكان التهمة فقطع العبد الخصومة وتحولت الخصومة
الى المولى كما لو مات العبد لان اقرار المحجور لا يصح وهو كالوكيل بالبيع اذا اقر بالعيب
لم يجز اقراره على الموكل الا ان ثمة يجوز اقراره على نفسه ويرد عليه لانه يملك
الشرى لنفسه اما المحجور لا يملك الشرى لنفسه فبطل اقراره وخرج من الخصومة
كالوكيل بالخصومة اذا اقر في غير مجلس القاضي فان اقام المشتري البينة رده
على المولى وان لم يكن له بينة يحلف المولى على علمه فان نكل رده عليه والنكول هنا
بمنزلة الاقرار بخلاف نكول العبد والوكيل لان ثمة اليمين على البتات ومكان العبد والوكيل

معذورا او مضطرا في النكول الا انه ان لا يحلف على شيء لا يعلمه فلم يكن له في
نكوله تهمة اما هنا المولى يحلف على العلم فاذا لم يعلم جاز له ان يحلف فلم يكن
معذورا او مضطرا في النكول فصار نكوله بمنزلة الاقرار لانه متهم في نكوله هذا
اذا كان العيب مما يعاين ويرى فان كان عيبا باطنا لا يعاين ولا يشاهد
وانما يعرف بامارة كالحبل والداء او يعاين لكن لا يقف عليه جميع الناس كالثيابة
والبكارة او العيب في موضع لا ينظر اليه الرجال ففي الحبل والثيابة والموضع
الذي لا ينظر اليه الرجال فالقاضي يري امرأة حرة مسلمة عدلة والثنتان والثلاث
احوط فاذا اخبرت عن العيب يثبت في حق سماع الدعوى وعند ابي حنيفة رحمه الله
لا يثبت الا بشهادة اربع نسوة وعند ابن ابي ليلى رحمه الله الا بشهادة امرأتين فان عنده
رحمه الله تقول كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادة كما في الحد اما
فشهادة اربع نسوة بمنزلة شهادة رجلين فيما يطلع عليه الرجال ونحوه ان حال
الرجال اقوى من حال النساء واذا كان لا يجوز اثبات شيء مما يطلع عليه الرجال
بشهادة رجل واحد لمعنى الالزام فلان لا يجوز اثباته بشهادة امرأة واحدة اولى
ولا معنى لقول من يقول ان هذا خبر وليس بشهادة فان الحرية فيه شرط بالاتفاق
قال في الكتاب لو شهد رقيقة او كافرة لا يقبل وكذلك لفظ الشهادة لا بد منه
عرفنا انه بمنزلة الشهادة في الحقوق وبهذا استدل ابن ابي ليلى رحمه الله ايضا
الا انه يقول المعتبر في الشهادات شيئان العدد والذكورة وقد تعذر اعتبار احدهما
وهو الذكورة ولم يتعذر اعتبار العدد فبقي معتبرا كما في سائر الشهادات
ولا معنى لقول من يقول ان نظر الواحد اخف من نظر المثنى الا انه بالاتفاق المثنى
والثلاث احوط ولو كان هذا معتبرا لما جاز النظر الا لامرأة واحدة وحجتنا حديث
حذيفة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة القابلة على الولادة
وقال شهادة النساء جائزة فيما لا يطلع عليه الرجال والنساء اسم جنس فيدخل فيه
الادنى ما يتناوله الاسم والمعنى فيه ان هذا خبر لا يشترط في قبوله الذكورة فلا
يشترط فيه العدد كرواية الاخبار وتحقيقه المعنى فيه ان نظر الرجال الى هذا
الموضع عند تعذر زوال ممتنع ولكن نظر الجنس الى الجنس اخف فاذا امكن

تحصيل

تحصيل المقصود بشهادة النساء سقط اعتبار الذكورة لهذا المعنى
وهذا موجود في العدد فان نظر الواحد اخف من نظر الجماعة فسقط اعتبار
العدد بالمعنى الذي سقط اعتبار الذكورة ولهذا لا يسقط اعتبار الحرية
لان نظر المملوك ليس باخف من نظر الحر ولا يسقط اعتبار الاسلام لان
نظر الكافرة ليس باخف من نظر المسلمة فيعتبر من الشرائط ما يمكن اعتباره
ولا يعتبر ما لا يمكن اعتباره فعلى هذا الحرف يسلم انه شهادة لكن ندعي انه سقط
اعتبار العدد فيه بالمعنى الذي سقط اعتبار الذكورة وفي الحاصل هذا اخذ
شبها من الاصلين من الشهادة لمعنى الالزام ومن الاخبار لان صفة الذكورة لا تشترط
فوفرنا حظه على الشبهين فقلنا لشبهه بالاخبار يسقط اعتبار العدد فيه وشرطنا
ويبقى معتبرا للاحتياط كما في رواية الاخبار الواحد يكفي والمثنى والثلاث احوط
لزيادة الطمأنينة ولاعتباره بالشهادات شرطنا فيه الحرية والاسلام ولفظة
الشهادة وهذا لانه مختص بمجلس القاضي ولهذا اشترط فيه لفظ الشهادة ولم يذكر
في الكتاب انه لو شهد لكن رجل بان قال فاجأتها فاتفق نظري اليها والجواب
انه لا يمنع قبول الشهادة اذا كان عدلا في مثل هذا الموضع والصحيح انه لا يشترط
العدد لان شهادة الرجل اقوى من شهادة المرأة فاذا كان يثبت المشهود به هنا
بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد اولى وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله
وان قال تعمدت النظر لا تقبل شهادته لحد كما في الزنى فاستدلوا عليه بقول الحسن
رحمه الله لا يثبت النسب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين على الولادة الا ان يكون
هناك حبل ظاهر او اعتراف من الزوج او اقرار الزوج بالحبل ثم في مسألتنا اذا ثبت
العيب بخبر الواحدة في حق سماع الدعوى يسأل البائع فان اقر بالعيب رد عليه
باقراره وان انكر ان كانت المدة مدة يحتمل الحدوث فالقول قول البائع ولا يرد
حتى يثبت المشتري بالبينة قيام العيب وقت التسليم وان كانت المدة مدة لا
يحتمل الحدوث فكذلك لا يرد بقول المرأة الواحدة لان هذه الزيادة يمكن الوقوف
عليها لا من جهة النساء فلا يعتبر قولهن فيها واما بشهادة المرأتين فهل يرد قال مشايخنا
رحمهم الله على قياس قول ابي حنيفة لا وعلى قياس قولهما يرد وهو رواية محمد رحمه الله

في النوادر فانه قال شهادة النساء حجة للرد وان كان بعد القبض بها على قول ابي
حنيفة رحمه الله شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال ولا يتعدى الى ما يطلع
الا الضرورة والضرورة هنا في اظهار العيب لنا ثبت في حق الرد ولهذا لا يتعدى
شهادة القابلة الى الحكم بالاستهلال والارث عنده وهذا لان شهادتهن حجة ضعيفة
فلا ينفصل الحكم بها ما لم يتأيد بمؤيد وذلك نكول البائع فيستحلف حتى لو انضم
نكوله الى شهادتهن فسخ البيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي بالرد بقولهن
لان شهادتهن فيما لا يطلع عليه الرجال كشهادة الرجال فيما يطلعون عليه وقاس بالعنين
اذا انكر النكاح بقولهن بعد مضي السنة فانه يفرق بينهما وعن محمد رحمه الله
ان كانت الخصومة قبل القبض يفسخ البيع بقول النساء وان كان بعده لا يفسخ
لان الحاجة الى نقل الضمان من المشتري الى البائع وشهادة النساء في ذلك ليس بحجة
تامة ولان العقد قبل القبض ضعيف فجاز ان يفسخ بحجة ضعيفة بخلاف ما بعد القبض
وبخلاف العنين لان ثمة شهادتهن تايدت بمؤيد وهو الاصل وهو رواية عن ابي يوسف
رحمه الله رواية الخصاف وعن محمد رحمه الله انه لا يفسخ بقولهن لا قبل القبض ولا بعده
لانه فسخ عقد فلا يثبت بقولهن كالاقالة وعن ابي يوسف رحمه الله انه قال اثبت الخصومة
بشهادتهن ولا اردها لان المبيع في ضمان المشتري فلا انقل الضمان بشهادتهن وعنه
ان العيب لو كان مما لا يحدث فسخ البيع بقولهن لان العيب ثبت بشهادتهن وقد
علمنا كون العيب في يد البائع فانفسخ لا بقولهن وان الحكم ثبت بحكم العقد
وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يرد بشهادة النساء فيما لا يطلع عليه
الرجال ونوع من ذلك لا يعرفه الا الاطباء وفي هذا الوجه يرى القاضي اهل البصر
بذلك والواحد يكفي لسماع الدعوى والاثنان احوط ويشترط العدالة والاسلام
ثم ينظر ان كانت مدة يحتمل حدوث العيب فيها فالقول قول البائع ولا يرد حتى
يثبت المشتري العيب وقت التسليم اليه بالبينة او بنكول البائع وان كان لا يحتمل
الحدوث فانه يرد بقول الواحد ولكن يسأل البائع هل كان عندك فان قال نعم يرد
وان قال لا لا يرد الا ببينة المشتري او بنكول البائع وان شهد اثنان ان هذا العيب
موجود فيه وهذا مما لا يحدث في مثل هذه المدة حكم بالرد بقولهما الا ان يدعي

البائع

البائع الرضى وفي المنتقى اذا اشترى جارية ثم ادعى انها خنثى يحلف
البائع فان حلف لا يرد وان نكل يرد بنكوله لانه لا ينظر اليها الرجال والنساء
فتعذر الدعوى والانكار لم يشترط هنا معرفة قيام العيب في الحال لمكان
التعذر وانما يشترط عند الامكان لانه ادعى شيئا وليس في دعواه علامة
فتعذر وجود العلامة كما لو ادعى الارش او القصاص بقطع اليد يشترط
رؤيته والشروط انما تعتبر بقدر الامكان الا ترى ان في دعوى المنقول
يشترط احضاره الى مجلس القاضي ليشير اليه المدعي والشهود ولا يشترط
ذلك في العقار لما لا يمكن وكذا لو ادعى العيب بعد موت العبد يصار الى
الدعوى والانكار لتعذر الرؤية وان ثمة يتكرر العقد من وجه لان الذكر مع
الانثى من بني آدم جنسان مختلفان فيعتبر المسمى ولهذا لو اشترى شخصا
على انه ذكر فاذا هو انثى انعقد العقد وكان المشتري منكرا انعقاد العقد
في هذا المحل الا انه يحلف البائع لان صورة الدعوى دعوى العيب والعقد
منعقد من وجه فصح جهة الدعوى والانكار فيحلف البائع اما في مسالتنا لو اتفقا
على انعقاد العقد ثم المشتري يدعي الفسخ بسبب قائم بالذات فلا بد من ظهوره
ليصح الدعوى ونوع من ذلك مما لا يعرف بالمعاينة في الحال وانما يوجد ذلك
في بعض الاحايين كالجنون والسرقة والاباق والبول في الفراش وفي هذه
العيوب لا يسال القاضي البائع ان هذا العيب للحال بمجرد الدعوى وانما يساله
لو صح دعوى المشتري وانما تصح دعواه لو ادعى ان هذه العيوب كانت في
يد البائع وقد وجد في يده ايضا الا ان في الجنون لو ادعى انه جن في يد البائع
وقد جن في يدي وان الجنون في يده بالنسبة يكفي لسؤال البائع وفيما عداه يعني
ان ادعى انه كان في يد البائع وقد وجد في يدي والحالة متحدة لما قلنا انه يختلف
بان كان في يد البائع في حالة الصغر وفي يده في حالة الكبر لا يصح الدعوى والفرق
ان سبب الجنون في الحالين متحد وهو آفة في الدماغ فيتحد العيب لانه لا يمكن
فلا يزول والمعاودة يدل على القيام ولهذا قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير
والجنون عيب ابدا وبهذا اللفظ استدل بعض مشايخنا وقالوا لو ادعى عند البائع

يرده

كان للمشتري أن يرده وإن لم يعاوده عنده إلا أن الأصح أنه ليس له حق
الرد إلا بالمعاودة عند المشتري لأن الله تعالى قادر على أن يزيله فلا بد من
ظهور وجوده من بعد ذلك نص عليه في بيوع الأصل والجامع الكبير
وما قال في الجامع الصغير أنه إذا جن عند البائع في صغره ثم جن بعد ذلك
عند المشتري بعدما بلغ فهو الأول لاتحاد السبب وهو فساد الدماغ واتحاد
العيب باتحاد سببه أما الإباق في حالة الصغر لقلة التمييز مما لحقه من العار والفرار
من التعليم والعمل وبعد البلوغ يحصل في الأعتاق وسوء الاختيار ولذلك
السرقة فكان الثاني غير الأول والبول في الفراش إن كان عند البائع وهو
رباعي أو خماسي ثم بال عند المشتري في الصغر رده وإن بال عنده بعد البلوغ لا
يرده والبول في الفراش قبل ذلك ليس بعيب حتى لو بال عند البائع وهو
ثلاثي وبال عند المشتري في صغره لا يرده لأن العيب ما يوجب نقصان
المالية وبعده التجار عيبا البول في الصغر حد لا يعد عيبا ومن الرباعي
يعد عيبا والبول في حالة الصغر لضعف المثانة وبعد البلوغ لداء في الباطن
فما لم يتحد الحال لا يتحد السبب وما لم يتحد السبب لا يثبت العيب فإذا صح
دعوى المشتري بأن كان الشراء في حالة الصغر ويريد الرد في حالة الصغر
أو كان في حالة الكبر سأل القاضي البائع فإن لم يقم المشتري البينة أنه بال
أو أبق عنده فإذا قام يسأل البائع هل كان عندك فإن أقر رد عليه إلا إذا
ادعى الرضى والإبراء وذكر الصدر الشهيد رحمه الله وإذا صح الدعوى يسأل
البائع وذكر في الفتاوى الصغرى فإن العيب في الحال شرط صحة الدعوى
يعني لا يحلف البائع للرد بدون الثبات بدونه أما صحة في حق سؤال البائع
فإنه لو ادعى أنه وجده معيبا بعيب موجود في يد البائع وهو قائم في الحال
يقبل القاضي منه شهود ذلك ويسأل البائع فإن أقر بقيامه في الحال ثم يثبت
أنه أبق عند البائع بعدما بلغ قبل شرائه إن كان الشراء بعد البلوغ وإن كان
قبله يقيم البينة أنه أبق عنده فإن أقام رد عليه إلا إذا ادعى الرضى أو الإبراء
وإن لم يكن له بينة يستحلف البائع على الثبات على الوجه الذي ذكرنا أنه على

بفعله وهو السلم الذي المزمن ويحلف في الجنون لقد باعه وسلمه وما جن قط
لما بينا أنه واحد وفي الإباق والبول يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما أبق لما بينا
أنه واحد وفي الإباق والبول يحلف بالله لقد باعه وما أبق ولا سرق ولا بال في
الفراش منذ بلغ مبلغ الرجال إلا أن يكون الشراء والرد في حالة الصغر فيحلف
لقد باعه وسلمه وما أبق عندك وإن لم يكن للمشتري بينة على العيب للحال وأراد
استحلاف البائع على علمه بأنه هذا العيب للحال عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
يحلف بالله ما نعلم أن هذا العبد جن أو سرق أو أبق أو بال عند المشتري فإن حلف
فلا شيء عليه وإن نكل ثبت العيب في حق الخصومة فيستحلف للرد على الثبات
ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله واختلف المشايخ على قوله منهم من قال يحلف عنده
أيضا وإنما لم يذكر محمد رحمه الله قوله لأن قوله يخالف قولهما لكن لأنه لم يحفظ قوله
ومنهم من قال لا يستحلف عنده وهو الأصح وهكذا ذكر في كتاب التركية وكتاب
الاستحلاف أصله من ادعى على آخر مالا بالوكالة أو الوصاية أو الوراثة وهو ينكر
الوكالة أو الوصاية أو الوراثة لا يستحلف على الوكالة وغيرها عند أبي حنيفة
رحمه الله وعندهما يستحلف على العلم بالله ما يعلم أنه وكيل فلان لهما أنه ادعى
على البائع معنى لو أقر به يلزمه فإذا أنكر يحلف كما في سائر الدعاوى لكن يحلف
على العلم لأنه على فعل الغير ولأبي حنيفة رحمه الله أن اليمين شرعت لفصل الخصومة
لا لإثباتها وفي الاستحلاف ههنا إثبات الخصومة لأنه لو نكل لا ينقطع الخصومة
بل يحلف مرة أخرى ولا كذلك سائر الخصومات والدعاوى ولو لم يحلف ههنا لا يتوجه
اليمين على البتات فكان فيه إثبات الخصومة وما قالا إنه ادعى عليه معنى لو أقر به
يلزمه فإذا أنكر يحلف قلنا نعم لو صحت الدعوى وإنما يصح لو كان خصما لأن
الدعوى من غير الخصم لا يسمع وإنما يكون خصما لو أثبت العيب للحال وإن لم يثبت
وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله قالوا في الجنون لا يشترط عوده عند المشتري
لتوجه الخصومة لأن أثر ذلك الذي كان قائم فيه فالجنون بعد انقلاعه يعقب
أثرا يظهر ذلك في حماليق عينيه فذلك يكفي لتوجه الخصومة بخلاف الإباق والسرقة
والبول فإنه ليس لها أثر إذا كان أثر في العين فلا بد من عوده عند المشتري لتوجه الخصومة

ولو اشترى جارية فوجدها لا تحيض لا يسمع الدعوى فيه ما لم يدع سبب ارتفاع الحيض
انه من الداء او من الحبل فان ادعى سببه الحبل يريها النساء على ما ذكرنا وان ادعى
الداء يريها الاطباء لان المرجع في معرفة الحبل قول النساء وفي معرفة الداء قول الاطباء
ومن اصحابنا من قال لا يثبت الحبل بشهادة النساء لان المرأة لا تعرف حبل نفسها
فكيف تعرف حبل غيرها وهذا قول مهجور لا يؤخذ به فان من النساء من تعرف الحبل
بالعلامة وهو مشهور معروف فيما بينهن فهذا كله اذا تصادقا على البيع فان ادعى
على رجل انه باعه جارية فقال لم ابعها قط فاقام المشتري بينة على الشراء فقضى
بها له فوجد بها عيبا فاراد الرد فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب
لم يقبل بينته للتناقض وذكر الخصاف رحمه الله في ادب القاضي لم يذكر قول محمد
رحمه الله اما على قول ابي يوسف يقبل كما لو ادعى على غيره مالا فقال ما كان لك
علي شيء او ليس لك علي شيء او ادعى شراء عين على رجل وقال ذو اليد لم
ابع او لا ابيع شيئا او لم يجر بيننا بيع ثم اقام المدعى عليه البينة على القضاء او الابراء
او اقام البائع البينة انه رد عليه او اقاله البيع تقبل بينته وجه ظاهر الرواية
ان البائع متناقض لان البراءة عن العيب تغيير لصفة العقد عن اقتضاء السلامة
الى غيرها وتغيير صفة العقد بدون العقد لا يتصور فيتعذر التوفيق فلزم التناقض
بخلاف مسألة الدين لان التوفيق ممكن فان الرجل قد يقضي بحق وقد يقضي بباطل
دفعا للظلم الا ترى انه يقال قضى بحق وقضى بباطل وصالح من ذلك على مال مع انه
لم يكن عليه ثم قضى ذلك المال فوجد صورة القضاء او ابراء من ذلك فلا يتناقض في قوله
ليس لك علي شيء لانه يعني الدين في الحال وقوله ليس لك علي شيء لاني قضيتك او لانك ابرأتني
وكذا في مسألة البيع في قوله لا ابيع شيئا لانه تناول الحال فكانه قال لا ابيع شيئا لانك
رددت علي فلم يتحقق التناقض ولا اكذاب الشهود وفي قوله لم يجر بيننا بيع
يمكن من دعوى الدار مع اصراره على الكلام الاول لانه يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه
ادعى هذه الدار مني ثم بدا له فردها علي فلا يتحقق التناقض ولا اكذاب الشهود وفي
الاقالة التوفيق ممكن بان يشتري من وكيله او مورثه ثم اقال معه اما هنا بخلافه على ما ذكرنا
رجل اشترى امة وقبضها فادعى ان لها زوجا فقال البائع قد كان لها عندي زوج

وطلقها طلاقا بائنا قبل البيع او كان الطلاق رجعيا او انقضت عدتها قبل البيع
او مات عنها ثم بعتها منك وكذبه المشتري في الموت او الطلاق فالقول قول البائع
ولا يمين عليه اما القول قوله لانه لم يقر بالنكاح وقت البيع او التسليم بل انكر ذلك
ولو انكر النكاح اصلا كان القول قوله فاذا انكر وقت البيع او التسليم كان القول
قوله ايضا ولانه منكر حق الرد فان قيل اذا ثبت النكاح باقراره قبل البيع ثبت
وقت البيع لان ما ثبت يدوم حتى يعرف دليل الزوال والزوال انما يثبت بقول البائع
وحده فصار كما لو اقر بالزوج وقت البيع او التسليم ثم ادعى زواله فانه لا يصدق
قلنا نعم ما ثبت يدوم لكن لا بدليل مبقي فكان البقاء محتملا فلا يصلح لحكم حادث
والرد حكم حادث وهذا لان عند الثبات لا يبقى الاحتمال والثابت لا يزول بالاحتمال
بخلاف ما لو اقر بالنكاح وقت البيع او التسليم لانه لما ثبت النكاح في تلك الحالة
ثبت العيب عنده وثبت له حق الرد فبالاحتمال لا يزول وقوله لا يمين عليه يعني
يمين الرد بالله ما باعه وبه هذا العيب الحال اما اليمين التي يستحلف البائع على العلم
لنفعه الخصومة فعلى الخلاف الذي ذكرنا وكذا لو قال كان لها زوج وهو فلان
الغائب وطلقها طلاقا بائنا ليس له حق الرد حتى يحضر الغائب فان حضر وصدق
البائع في الطلاق فلذلك الجواب وكذا لو انكر النكاح اصلا لعدم ثبوت العيب
وان اقر بالنكاح وانكر الطلاق فالقول قوله لانهم تصادقوا على النكاح ثم البائع
يدعي عليه الطلاق وهو ينكر وللمشتري ان يرد بثبوت العيب فجعل اقرار البائع
هنا موقوفا على تصديق الغائب دون المسألة الاولى لان المقر له في المسألة الاولى
مجهول وفي الثانية معلوم فيصح في الثانية ويتوقف على التصديق ولم يصح في الاولى
فاذا صدق البائع لا يرد الا بالنكاح وان كان يتعذر الا بالتصديق فزال العيب
وان كذبه بقي النكاح فبقي العيب فان قيل البائع اقر بثبوت النكاح لا ببقائه
فكان بقاؤه محتملا فيجب ان لا يثبت له حق الرد قيل له نعم لكن حق الرجوع بالكمال
لا يبطل بشك وانه لا اشتباه بها مع الاحتمال فيفوت هذه المنفعة في حق
المشتري عن منفعة البضع متعين فيثبت له حق الرد لهذا بخلاف ما اذا كان المقر له
مجهولا لان بقاء النكاح محتمل وليس احد والله لا استمتاع لفوت حق المشتري عن منفعة

البضع فان فسخ نكاح الامة هنا ثبت بتصديق المشتري البائع فان البائع وان اقر
بالنكاح بعد البيع لا يثبت النكاح في حق المشتري الا بتصديقه فكان ثبوت العيب
مضافا الى المشتري فوجب ان لا يتمكن من الرد فيقال له الجواب من وجهين احدهما ان
الاقرار صدر من البائع والتصديق صدر من المشتري والتصديق مؤكد للاقرار وصفة له
فانه لو كذبه بطل الاقرار فالتصديق يمنع الاقرار عن البطلان فكان مؤكدا والحكم بعد
التأكيد يضاف ثبوته الى اصل الاقرار لا الى المؤكد الا ترى انه لو اقر بطلاق امرأته في زمان
ماض وانقضاء عدتها فان كذبته يقع في الحال وتستأنف العدة والنفقة والسكنى وان صدقته
ثبت الاستناد ولا نفقة لها ولا سكنى ويحل لها التزوج بزوج اخر ويحل له التزوج باختها
والثاني انه مضطر في التصديق لانه لو لم يصدق البائع لاثبت العيب ولما علم انها منكوحة
فلان لا يقدر على الاستمتاع بها ولا يقدر على الرد لتكذيبه البائع فكان مضطرا في
التصديق والبائع غير مضطر في الاقرار فيضاف العيب الى الاقرار لا الى التصديق
مثل لكن علق طلاق امرأته بفعل لا بد لها منه وفعلت في مرضه يصير الزوج فارا
للاضافة اليه ولو قال البائع كان لها زوج يوم بعتها فلم يقبض حتى طلقها او مات
عنها او قال قبضتها ثم طلقها او مات عنها وانكر المشتري فالقول قوله وله الرد الا ان
يقيم البائع البينة على ما ادعى من الطلاق او الموت لانه اقر بثبوت حق الرد ثم ادعى
الزوال فلا يصدق ويحلف المشتري على العلم وان لم يكن له بينة انه يحلف على فعل الغير
فان نكل لا يرد وان حلف له الرد وان كان لها زوج معروف في يد المشتري فادعى انه
الزوج الذي كان عند البائع وقال البائع الزوج الذي كان عندي غيره وقد طلقها طلاقا
بائنا او مات عنها فالقول قول البائع لان البائع اقر بزوج منهم فكان التعيين اليه
والذي عينه ليس بقائم فلا يثبت حق الرد فان قيل هما اتفقا على ثبوت حق الرد
للمشتري وان اختلفا في الزوج لانهما تصادقا على قيام النكاح وقت البيع وانه سبب للرد
كما في المسألة الاولى وكما لو اقر بالف قرض وقال المقر له من ثمن بيع وجب الالف لتصادقهما
عليه مع تكذيب كل واحد منهما صاحبه في الجهة قيل له ما اتفقا على ثبوت حق الرد
للمشتري لان اقرار البائع بطل بتكذيب المشتري وابراه عنه بتكذيبه فزال ذلك العيب
الذي ادعاه المشتري لم يثبت لتكذيب البائع فلم يتفقا على حق الرد بخلاف المسألة الاولى

لانهما اتفقا على عيب واحد وقت البيع وكان القول قول من انكر زواله بعد ذلك
وبخلاف الدين لانهما اتفقا على وجوب الالف في ذمته الا انهما اختلفا في الجهة
فما اتفقا على ثبوت حق الرد في الحال بخلاف ما لو باع ثوبا من رجل ثم قال بعتك
هذا الثوب وبه خرق فجاء المشتري بخرق وقال بعتني وهذا به وقال البائع ليس هذا
الذي اقررت لك به وهذا احدث عندك ولم يكن بالثوب غيره لم يصدق البائع لان
الظاهر يكذبه لان الخرق الموجود في الثوب لا ينعدم بحيث لا يبقى له اثر لانه اما ان يخاط او يرفا
وان رفا يكون ظاهرا فاذا لم ير في الثوب خرقا ظاهرا ولا اثر خرق سوى ما عينه المشتري
عرفنا ان ما اقر به البائع هو الذي عينه المشتري فكان له ان يرده اما في مسئلتنا الاولى الدليل
على صدق المشتري فلا بد ان يظهر مسلتنا من الثوب ان لو كان بالثوب خرق وغير ذلك
فقال بعتك وهذا به ولم يكن الغيره فان القول قول البائع لان [illegible] مطابق لمطلق
كلامه فان اقر بالخرق في الثوب الذي عينه سوى ما اراده المشتري [illegible] به خرق
عن عهدة اقراره [illegible] دعوى المشتري الخرق الثاني والبائع منكر له فيكون القول قوله
ولو قال البائع في المسألة الاولى كان بهذا الخرق صغيرا فزاد فيه فالقول قوله ايضا الا انه اقر له
باصل الخرق لا بمقداره فالقدر الذي ادعاه المشتري لم يسبق من البائع اقرار به وكان
القول قول البائع لانكاره ولو قال بعته هذا العبد وبه قرحة ثم جاء المشتري به وبه قرحة
فقال البائع قد برأت تلك القرحة وهذه غيرها فالقول قوله لان القرحة تزول بحيث لا يبقى
لها اثر بعد البرء فلم يكن من ضرورة اقرار البائع كون هذه القرحة التي عينها المشتري
موصوفة عنده وكذا ان سمى البائع نوعا من العيوب صدوا به تذهب وهذا عند
لا كان حماس او بذهب اثره ولو اقر انه ابق وهو اقطع اليد فجاء به المشتري وهو اقطع
اليدين ليس له ان يرده لان اقرار البائع لم يتناول الا يدا واحدة فلا يرد بعيب غيره فان رجع
العيب بعد ان يحلف البائع ما باع وهو كذلك استشهد محمد رحمه الله لمسألة الكتاب بمسألة
اخرى انه لو باع عبدا وقبضه المشتري ثم اعتقه ثم ادعى انه باعه وهو ابيض احدى
العينين وصدقه البائع وقال ذهب البياض عندك قبل الموت وانكر المشتري فالقول
قول المشتري ويرجع عليه بنصف الثمن لانهما اتفقا على ثبوت حق الرد للمشتري وقيام العيب
وقت البيع ثم ادعى زواله والبائع يدعي الزوال والاصل البقاء فالقول قول المنكر ولو قال البائع صدقت

وكانت قيمته اليمنى نصفا فقط فارتفع البياض قبل الموت وابيضت اليسرى عند كل او قال
المشتري كان البياض بالعين اليسرى كان القول قول البائع لان الذي اقر به بطل بكذب
المشتري وما ادعاه المشتري اثبت لا يكون وان كان البياض عيبا لذلك فيما الزوج
وان كان في الجملة عيبا الا انه اختلف الحكم باختلاف البائع والمشتري ولو قال المشتري
ما سوء عيناه بيضا وانما كان عند كل وقال البائع ان البياض كان باليمنى الا انه ارتفع
وابيضت اليسرى فالقول قول المشتري ويرجع بنصف الثمن لانهما اتفقا على بياض
اليمنى بعد العقد ثم البائع يدعي الزوال فلا يصدق الا بحجة فيرجع عليه بنصف الثمن واما
اليسرى فلم يثبت عيبها عند البائع والمشتري يدعي ذلك والبائع منكر فيكون القول
قوله ولان كل واحد منهما مدعي ومدعى عليه اما البائع فلانه يدعي زوال البياض في اليمنى
وانكر البياض في اليسرى والمشتري ادعى البياض في اليسرى وانكر زوال البياض في اليمنى
فان اقام البائع البينة لا شيء عليه لانه اظهر زوال البياض عن اليمنى والقول في بياض اليسرى
قوله مع يمينه وان اقام المشتري البينة لا غير رجع عليه بنقصان العينين جميعا لانه اظهر
البياض في اليسرى والقول في عدم زوال البياض عن اليمنى قوله وان اقاما جميعا البينة
فالمشتري يرجع بنقصان اليسرى لان زوال البياض عن اليمنى ظهر ببينة البائع وبياض
اليسرى ظهر ببينة المشتري وان لم يكن لهما بينة يتحالفان لما ذكرنا ان كل واحد منهما
مدعي ومدعى عليه فبعد ذلك المسألة على اربعة اوجه اما ان حلف البائع ونكل المشتري
او حلف المشتري ونكل البائع او حلفا او نكلا ففي الوجه الاول لا شيء على البائع لانه
لما حلف فلم يظهر البياض في اليسرى ولما نكل المشتري ظهر الزوال في اليمنى وفي
الوجه الثاني يرجع المشتري بنقصان العينين لانه لما حلف لم يظهر الزوال في اليمنى ولما نكل
البائع فقد ظهر البياض في اليسرى واما اذا حلفا رجع المشتري عليه بنقصان اليمنى
لانه لما حلف البائع لم يظهر البياض في اليسرى ولما حلف المشتري لم يظهر الزوال في اليمنى
ولو نكلا رجع عليه بنقصان اليسرى لانه لما نكل البائع ظهر البياض في اليسرى ولما نكل
المشتري فقد ظهر الزوال في اليمنى ولو كان العبد قائما وعينه اليسرى بيضاء فادعى
المشتري انه باعه والبياض بها وجحد البائع ذلك واليمنى بيضاء فالقول قول البائع
لان الظاهر للبائع ليس بقائم وظاهر الحال لم يتابع فالبائع منكر حدوثه في يده ولو كان المشتري

دون العقد وهو لا يعلم بالعيب ثم ابرأه منه ثم ادعى المشتري انه باعه وهو ابيض
احدى العينين فقال البائع صدقت وقد ذهب البياض وابيضت الاخرى عندك ان هذا وضع
المسألة في الذخيرة لانه يمنع الرد كالهلاك وذكر الاباق حتى لا يمكن ان ينظر اليه ويعرف الصادق
منهما ثم الجواب ان القاضي يسأل المشتري عن البياض باي العينين هو لانه ادعى البياض
باحدى العينين منهما فان سأله فان قال هو باليمنى وقال البائع كان بها وقد ارتفع
فالقول قول المشتري ويرجع بنصف الثمن لانهما اتفقا على العيب والبائع يدعي الزوال
والمشتري ينكر وان قال المشتري هو باليسرى وقال البائع كان باليمنى فالقول قول
البائع كان باحدهما فذهب وحدث بالاخرى فالقول قول المشتري ويرجع بنصف الثمن مع
يمين المشتري يحلف بالله ما يعلم انه ذهب لان المشتري لما ادعى البياض بالعينين فقد
صدق البائع في اقراره بالعيب وقد تعذر الرد بسبب الاباق فرجع عليه بنصف الثمن
لان العينين من الآدمي نصفه فان رجع الجاني من الاباق واحدى عينيه صحيحة فقال البائع
هي التي كان بها البياض فالقول قوله مع يمينه ويرجع على المشتري بما اعطاه من نصف
الثمن لان البائع اقر ان العيب كان باحدى العينين منهما وكان القول في البيان قوله
ما دام لم يظهر للمشتري باخذ منه نصف الثمن بعد ما زال البياض عن العين فكان
اخذا بغير حق فله ان يسترده لانه ظهر صدقه فيما قاله من زوال البياض الظاهر له
الا ترى انه لو قال في الابتداء وكان باليمنى وقد زال فلم يصدق حتى ظهر العبد واليمنى
منجلية كان القول قوله فكذلك هاهنا بعد ظهور العبد من اثر الرد للسقوط وليس
لو ادعى المشتري انه اشتراه وبه هذا العيب وهو عيب يحدث مثله فجحد البائع ذلك
واقر انه باعه وبه عيب لم يسمه لم يلزمه بهذا الاقرار شيء لان المشتري يدعيه
عيبا معينا يصير منكرا له عما سواه والبائع ما اقر بذلك العيب وانما اقر بعيب
منكر والمنكر غير المعين فاذا لم يكن اقراره ملزما بقي دعوى المشتري الرد بعيب
يحدث مثله والبائع منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه ولو كان البائع اثنين فاقر احدهما
فلبسماه فجحد الآخر كان للمشتري ان يرده على المقر نصفه دون الآخر لان كل واحد منهما
بائع لنصفه واقرار المقر حجة عليه دون شريكه رجل اشترى امة فوطئها ثم ادعى
ان لها زوجا غائبا واقام البينة على النكاح وعرف الشهود الزوج او لم يعرفوا

لم يقبل بينته حتى يحضر الزوج لان اثبات النكاح على الغائب قضاء على الغائب فلا يقبل
من غير خصم قطع القاضي ابو حازم رحمه الله وقال يجب ان يقبل لان الحاضر خصم عن الغائب
لان المشتري لا يدعي على الحاضر الرد بالعيب بسبب النكاح ولا يمكنه اثبات هذا الحق على
الحاضر الا باثبات النكاح على الغائب لان النكاح سببه فكان النكاح سبب حقه والحاضر
خصم في حق الحكم وهو الرد بالعيب فينتصب خصما في حق سببه وهو النكاح فيقوم انكار
انكار الحاضر مقام انكار الغائب وكما لو ادعى على الحاضر بسبب الشرى من الغائب
وكما في الكفالة لو اقام الطالب البينة ان له على الغائب الف درهم وان هذا كفل عنه
بامره والجواب نعم لو ادعى على الحاضر حكما مقصودا لسبب لا يمكن اثباته الا باثبات
السبب على الغائب لان الحكم تابع للسبب من حيث الوجود لكن السبب تابع للحكم المقصود
من حيث الغرض فاذا انتصب خصما في الحكم المقصود ينتصب خصما في حق السبب
والرد بالعيب ليس بحكم مقصود بالنكاح وانما هو امر زائد فلا ينتصب الحاضر خصما
عن الغائب في حق النكاح لان النكاح ليس بسبب لهذا الحكم الذي يدعيه الحاضر من الغرض
بخلاف الشرى لان ما يتصل بالغائب تبع لما يتصل بالحاضر وانه سبب الملك وضعا فصار
الغائب مقضيا عليه والنكاح لا يصلح تبعا لما يتعلق بالحاضر لانه عقد مقصود باحكامه
والعقد المقصود لا يصلح تبعا لحق من حقوق عقد اخر بخلاف الكفالة لان القضاء بالدين
على الحاضر هو القضاء بالدين على الغائب اما ههنا القضاء بالنكاح للغائب لا يكون قضاء
بالنكاح للحاضر ولكن يكون له على الحاضر حق الرد لا غير وبخلاف البينة على الاعتاق في
القذف والشهادة لان القضاء بالحرية قضاء على الناس كافة الا ترى ان القاضي لو قضى بعتقه
ثم اراد رجل ان يقيم البينة انه عبده لا يقبل بينته ان هذا قضاء على الحاضر ايضا ولان
النكاح لما بعد عيبا ويعقد حق الرد باعتبار دوامه والدوام لا يدخل تحت الحكم
وقد مر هذا في النكاح قال في الاصل ارايت لو كانت الجارية امراة الغائب الكف
اقر النكاح وقد ولدت منه ولو اقام البينة على اقرار البائع ان لها زوجا معروفا او
مجهولا جازت الشهادة وردت الامة عليه لان المشتري ما يعلم الزوج طلقها بائنا ولا مات
عنها لان القضاء يقع على البائع باقراره وهو معلوم وهو خصم في حق اثبات الاقرار بسبب
اقراره بالنكاح وفي اقراره بالنكاح اقرار بثبوت حق الرد للمشتري فيرد وهذا لان الاقرار

حجة في حق المقر خاصة والقاضي لا يقضي بالنكاح وانما يقضي باقراره بذلك وهذا
امر مقصود على المقر بما يلزمه من حكمه الذي يلزمه فيصح القضاء به عليه والله اعلم

باب القبض في البيع وغيره والرهان فيه

اصل الباب ان القبضين اذا تجانسا تناوبا واذا تغايرا ينوب الاعلى عن الادنى
ولا ينوب الادنى عن الاعلى والقبض الذي يجانس القبض المستحق بجهة الشرى هو
القبض الذي يوجب كون المقبوض مضمونا بنفسه وهو القيمة كقبض الغصب فينوب
عن قبض الشرى حتى لو هلك قبل القبض وقبل التمكن منه يهلك من مال المشتري
وكل قبض لا يوجب على القابض ضمان المقبوض كقبض الوديعة والعارية او يوجب الضمان
لكن لا يوجب ضمان المقبوض بنفسه كقبض الرهن لا ينوب عن قبض الشرى لكن ينوب
عن قبض الهبة وكذا كل قبض هو قبض ضمان او قبض امانة ينوب عن قبض الهبة
لان الشيء انما ينوب عن غيره ويتضمنه اذا كان مثله او فوقه لانه وجد القبض
المحتاج اليه اما لا ينوب عما هو فوقه لانعدام القبض المحتاج اليه وقبض الشرى قبض
بنفسه مضمون بنفسه كالقبض في الغصب وقولنا قبض بنفسه لا اشكال فيه لان المشتري
يقبض لنفسه لا للغير وقولنا مضمون بنفسه لان الموجب الاصلي في البيع هو القيمة
وقيمته معناه وبقي الشيء معناه فمعنى قولنا مضمون بنفسه اي بقيمته وانما قلنا
ذلك لان الاصل في عقود المعاوضة رعاية الجانبين والمساوي هو القيمة وانما يصار
الى الثمن عند صحة التراضي منهما شرعا لان وجود المساوي المنظور لهما فاذا تراضيا
على شيء كان نظرهما في قصوره ذلك تحصيلا لغرضهما ومقصودهما ولهذا كان
الواجب في العقد الفاسد هو القيمة حكما للعقد لا للقبض وكذا في المقبوض على سوم
الشرى والمقبوض بحكم البيع الذي فيه الخيار للبائع فعلم ان الضمان الاصلي في
البيع هو القيمة كما ان الموجب الاصلي في النكاح مهر المثل وانما يصار الى المسمى عند
صحة التسمية لذلك ههنا ولهذا لو اشترى عبدا بجارية فقبض العبد وهلك في يده ثم
ماتت الجارية قبل التسليم فيجب عليه قيمة العبد وهذا هو ضمان الغصب وكذا قبض
الشرى يفيد ملك التصرف اذا كان البيع مشغولا ويؤكد ملك الرقبة فكل قبض هو مثله
او فوقه ينوب عنه وقبض الغصب مثله بل فوقه لانه يوجب ضمان المقبوض ويفيد

الملك في المغصوب بما داماه منه فقد وجد عقيب العقد القبض الذي أوجبه العقد فدخل
في ضمانه لأن المعنى من القبض هي اليد المتصرفة الناقلة من ضمان إلى ضمان وقد يتحقق
ذلك سواء كان المبيع بحضرته أو لم يكن أما قبض الوديعة لا ينوب عن قبض المغصوب لأنه
بعد الملك في المغصوب والموهوب قبض بنفسه فلم يجز فلا ينوب عنه لكن ينوب عن قبض
الهبة لأن قبض الهبة لا يوجب ضمان المغصوب وكان هذا القبض مثله فناب عنه ولا يخال
أن قبض الموهوب له بنفسه وقبض الوديعة للمودع وقبضه بنفسه أقوى فوجب أن
لا ينوب يد المودع عنه لأنا نقول قبض الموهوب له ليس بنفسه لأنه لم يقبض بملكه لأن
الهبة لا تفيد الملك قبل القبض وكان ابتداء القبض واردا على ملك الواهب فيصير
نائبا لنفسه بخلاف البيع لأنه يفيد الملك بنفسه فكان ابتداء القبض واردا على ملكه
ولهذا كان للمشتري جبر البائع على التسليم وليس للموهوب له جبر الواهب على التسليم
دل عليه ما ذكر في الزيادات لو باع دارا فيها متاع مع المتاع من رجل وسلمهما إلى
المشتري فلم يحول المشتري المتاع حتى هلك ثم استحق المتاع فللمستحق أن يضمن
البائع وليس له أن يضمن المشتري ولو وهبهما من رجل والمسألة بحالها فالمستحق بالخيار
إن شاء ضمن الواهب وإن شاء ضمن الموهوب له لأن يد المشتري يد نفسه لا يد نيابة
ولم يوجد منه النقل والتحويل أما يد الموهوب له يد نيابة لأنه لم يملك ويد الواهب على
المتاع كان بعد ما فلم يتحول إلى الموهوب له بملك الصفقة فيصير الموهوب له نائبا
رحسب المعتبر يتصم فلم ينقل الغصب ولعله الاعدام ومن جعله ناقلا يعتمد
العدوان عليها إنما صار ناقلا كما صار في صحة الهبة من حيث الظاهر واستعمال اليد
الله وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض المشتري لأنه أمانة أو مقبوض بعينه وهو
الدين لا بنفسه إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل غصب جارية أو آنية فضة
مصوغ ووضعه في بيته ثم لقيه المالك فاشترى منه بمائة دينار ونقده الثمن ثم افترقا
فالبيع جائز أما في الجارية فلا إشكال وكذا في الآنية لوجود القبض الذي يفتقر إليه صحة
الصرف وهو قبض ضمان وهذا لأن القبض إنما يحتاج إليه لينقل العين من ضمان البائع
إلى ضمان المشتري فإذا كان العين في ضمانه وقع الاستغناء عن قبضه ثانيا كما لو اشترى
وهو لابسه أو موضوع على عاتقه يصير قابضا في الحال لذلك هنا فإن ضاع قبل

أن يقبضه المشتري ضاع من مال المشتري لأن حال ما اشترى كان قبض الغصب
قائما فناب عن قبض الشراء فتم العقد وهلك من مال المشتري ولأنه لو لم
يجعل قابضا بحكم العقد يجب القيمة على المشتري بحكم الغصب فيدفعها البائع
إلى يد ... فيبقى البيع ببقاء البدل كما لو اشترى عبدا فقتل قبل القبض يبقى
البيع ببقاء القيمة على القاتل ويخير المشتري لأنه تغير عليه شرط عقده وهنا
لا يخير لأن القيمة لو وجبت لوجبت في ذمته وذمته في يده فيصير قابضا ويسقط
عنه ولا يبقى العقد ببقاء القيمة ويسقط القيمة عنه يصير مستوفيا قابضا
للمبيع فلا فائدة في القول بالانتقاض فإن قيل البيع إنما يبقى على القيمة إذا
وجبت القيمة بعد البيع كما في تلك الصورة أما إذا وجبت قبل البيع لا يبقى
البيع ببقائها كما لو باع المغصوب من غير الغاصب والغاصب مقر به للمالك
حتى يجوز البيع ثم يهلك المبيع في يد الغاصب فإنه يبطل البيع وإن بقيت القيمة
وكذا الوكيل بالبيع بالنقد إذا باع بخمسمائة وسلم وهلك في يد المشتري يهلك
بالقيمة ويخير المالك بين تضمين الوكيل أو المشتري ولو ضمن الموكل الوكيل يرجع الوكيل
على المشتري كما يرجع الغاصب على الغاصب منه ولا ينفذ البيع قلنا ثمة إنما لا
يبقى البيع على القيمة لأن القيمة وجبت على الغاصب مستندا إلى وقت الغصب
فكانت القيمة قبل العقد وقبل البيع وههنا تكون يملك الدين من عليه الدين
وأنه لا يجوز ولأن ثمة حصل الافتراق عن غير قبض لأن ما في ذمة الغاصب
ليس بيده أما هنا القيمة وإن كانت واجبة إلا أنه يملك الدين من عليه الدين
وأنه جائز وههنا حصل القبض لأن ذمته في يده ولأن ثمة لو بقي العقد ملكها الغاصب
من وقت الغصب وأنه سابق على البيع فلو بقي البيع ينعقد على ملك الغاصب
لا على ملك البائع وكذا هو الجواب عن الوكيل لأنه إنما رضي بزوال ملك الموكل
إلى المشتري بذلك الثمن فلو بقي ينعقد العقد عليه وهو ما رضي به وهذا الجواب
على تقدير أنه لم يثبت الملك للوكيل من وقت البيع أما لو قلنا يثبت
الملك له من وقت التسليم لأنه هو الموجب للضمان لا البيع فإن بيع مال الغير لا يوجب
الضمان كان ملك الوكيل متأخرا عن البيع فكان ينعقد ذلك العقد على الوكيل

ثم بعد العقد بملك صاحب عن البيع وانه لا يجوز وهنا لو قلنا بالنفاذ لقلنا بنفاذه
بملك متقدم فيجوز بخلاف ما اذا انشأ العقد بعد البيع لانه لو اجاز يتضمن
العاقد نفذ البيع من وقت وجوده على ملك البائع فكان للعقد وارد على ملكه
فلا يكون القبض متبعا لامر فيهم ولو كان المبيع اجارة فاراد البائع ان يستردها ويحبسها
لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لان التسليم بحكم العقد وقد حصل فان قبض
الغاصب عن قبض المشتري فان نقل القبض وان حصل لم يحصل برضى البائع
فيصلح ان يكون له منعها كما لو قبض المشتري قبل نقد الثمن بغير اذنه فيقال له لا
بل حصل برضى البائع لانه لما باع من الغاصب مع علمه ان قبض الغصب قائم
وانه ينوب عن قبض الشراء صار راضيا بهذا القبض فصار كانه سلمها بنفسه
ولو كانت وديعة في يده ووضعها في بيته ثم اشتراها ولم يصل اليها حتى ماتت
من مال البائع ووصوله اليها اما بقبضها حقيقة او القرب منها بحيث يقدر على
احدها لو مد يده اليها وهو معنى التخلية لما ذكرنا ان القبض هو اليد المتصرفة
انما قلنا ضمان الضمان لان قبض الوديعة لما لم ينب عن قبض الشراء فقد
هلك المبيع قبل القبض فينتقض البيع ولو اراد البائع ان ياخذها منه حتى ينقده
الثمن كان له ذلك لانه ان اصحاب المبيع لاستيفاء الثمن قبل قبض المشتري ولو
اتى البائع منزل المشتري قبل ان يعود المشتري الى منزله فاخذها بغير علمه وحبسها
لاستيفاء الثمن فله ذلك لان المشتري لم يصر قابضا بعد فكان له ولاية الاسترداد
فان ماتت في يد البائع فهلك على البائع وينتقض البيع ويرد الثمن على المشتري
ان كان قبضه والا سقط ولو لم ياخذها البائع من منزل المشتري ولم يمنعه المشتري
عن القبض حتى رجع المشتري الى منزله فقبضها او صار بحيث يتمكن من اخذها فاراد
البائع بعد ذلك ان ياخذها لاستيفاء الثمن ليس له ذلك لانه لما باع منه مع علمه انه
متمكن من قبضها ولم يستردها فقد صار راضيا بقبضه دلالة فيد القبض ها على تسليط
البائع فبطل حق الاسترداد بخلاف ما اذا اخذها البائع قبل رجوع المشتري الى منزله
لان التسليم لم يقع بعد وان رضي بذلك كما لا يزال بالقبض بصاحبها فيكون هذا
منعا قبل التسليم فيصح فان ماتت بعد ما رجع المشتري الى منزله ماتت من مال المشتري

لان المبيع هلك بعد القبض وكذا لو باعها وهي حاضرة في يد المشتري فاراد اخذها
حتى ياخذ الثمن ليس له ذلك وذلك بقبض من المشتري لانه لما باع وهي في يده صار راضيا
بقبضه وقد قبض حقيقة فصار قابضا برضى البائع الا ترى انه لو اودعه بعد البيع
يصير قابضا بجهة البيع وليس له ولاية الاسترداد لحصول القبض برضاه ولو كانت
الوديعة بالقصد وهي في بيته فاسد آنفا وبعد الثمن وافترقا بطل العقد لانه صرف ولم
يوجد قبض البدلين في المجلس ولو باع اللقطة من الملتقط ان اشهد حين التقط انه
اخذها ليردها على المالك لا يصير قابضا بنفس الشراء لانها امانة في يده فكان الجواب
ما ذكرنا في الوديعة وان لم يشهد يصير قابضا بنفس البيع لانها مضمونة في يده بمنزلة
المغصوب ولو رهنه شيئا فقبضه وجعله في بيته ثم النقد فباعه الراهن من المرتهن جاز
البيع ولا يصير قابضا بنفس العقد حتى لو هلك قبل تجديد القبض يهلك بالدين
ويبطل البيع ولو جدد القبض بطل الرهن فلو هلك يهلك بالثمن لان قبض الرهن لما لم

ينب عن قبض الشراء لم يصر المشتري قابضا وانما لا ينوب لان المرهون بمنزلة الوديعة
في يده لان عين الرهن امانة وماليته مضمونة ولهذا لو هلك يهلك بالدين لا بالقيمة ولو كان
الرهن عبدا يكون كفنه على الراهن ولو استحق وضمن المرتهن رجع بالضمان والدين
جميعا على الراهن ولو كان قبضه قبض ضمان لم يرجع به على الراهن كالغاصب والمشتري
بلا في العين الا المالية فاذا كان العين امانة لا ينوب قبضه عن قبض الشراء رجل
اشترى ابريق فضة بمائة دينار وقبضه ولم ينقد الثمن حتى افترقا فسد العقد البيع
لانعدام التقابض في المجلس عقد الصرف وعلى المشتري رد الابريق لفساد العقد
لم يرد الابريق حتى اشتراه ثانيا بمائة او باقل او باكثر وليس الابريق بحضرتهما ونقد
الثمن جاز وصار قابضا بنفس العقد لان الابريق في يده بحكم عقد فاسد فيكون
مضمونا بالقيمة ولهذا لو هلك يضمن قيمته فاشبه المغصوب فينوب عن قبض الشراء
الصحيح ولو اشترى عبدا بالف درهم وقبضه ونقد الثمن ثم تقايلا ولم يقبض البائع
العبد حتى باعه ثانيا من المشتري جاز بيعه ولا يجوز بيعه من غير المشتري حتى يقبضه لان
الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق الثالث ولهذا يتجدد به حق الشفعة وانما كان
كذلك لانها فسخ لفظا تمليك معنى ولهذا الاحتياج الى ذكر الثمن لانه حكم يرجع اليهما

وبطل الرد على بايعه لانه يرجع الى غيرهما ولذلك جميع الاحكام فاعتبرنا اللفظ
في حقهما لولايتهما على انفسهما فلا يكون البائع بائعا المبيع قبل القبض فيصح وفي حق
الثالث لما كان بيعا جديدا كان بيعا المبيع قبل القبض فلا يصح وذكر في الكتاب
ان هذا على قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وذكر الكرخي
رحمه الله في مختصره ان على قول ابي يوسف رحمه الله الاقالة بيع الا انه باع من المشتري
او من غيره لا يجوز في بعضه وجعل الاقالة بمنزلة البيع من جميع الوجوه وانه على اصله
مستقيم فان من اصله جواز الاقالة على الزيادة والنقصان وجعلها بمنزلة بيع مستقبل
فلا يجوز بيعه من المشتري ولا من غيره الا في العقار كما في البيع الا ان عامة المشايخ رحمهم
الله صححوا ما ذكر في الكتاب وقالوا انما جعل الاقالة بيعا عنده اذا كان باكثر من
الثمن الاول او باقل فيصحح تصرفه اما عند الاطلاق فيكون فسخا بالاجماع ولهذا لم يشترط
ذكر الثمن ولا يصح البيع من المشتري فلو لم يقبض المشتري العبد بحكم البيع الثاني حتى
هلك انتقض البيع الثاني والاقالة ووجب الثمن الاول لان العبد بعد الاقالة ليس بمضمون
بنفسه بل هو مضمون بالثمن فانه يجب به بعد الاقالة لا بنفسه الثمن الا ترى انه لو هلك
بعد الاقالة يعود البيع الاول ويجب الثمن لا القيمة فصار كالمرهون فاذا هلك يهلك
في البيع الثاني قبل القبض فيبطل البيع والاقالة ويعود البيع الاول وهذا لان
محل الاقالة قد هلك قبل قبض البائع لما بينا والمشتري بمنزلة البائع بعد الاقالة له
فينتقض الاقالة كما لو هلك المبيع قبل قبض المشتري فاذا بطلت الاقالة وعاد العبد
الى ملك المشتري بطل البيع الثاني ضرورة لانه لما عاد الى ملكه لا يصح شراؤه من البائع
ما كان هلك يهلك مضمونا بالثمن الاول كما لو هلك بعد الاقالة قبل الشرى الثاني ولو تمكن
المشتري من قبضه يهلك بالثمن الثاني والعقد ولم المبيع لما كان مضمونا بغيره وهو الثمن
لم يكن القبض قبض ضمان فلا ينوب عن قبض الشرى فاذا لم يوجد من المشتري القبض
بحكم الشرى لم يوجد من البائع قبض الا حقيقة ومعنى فيبطل الاقالة ويبطل
الشرى الثاني ضرورة اما اذا تمكن المشتري من قبضه ثم القبض بحكم الشرى الثاني ثم تسلط
البائع فصار البائع قابضا ما اقال معنى بسبب الاقالة وتم الشرا فيهلك مضمونا بالثمن
الثاني وهذا لان الاقالة بمعنى البيع على معنى ان الفعل ولعقد التسليم مقابلا بالثمن كالمبيع

الثاني صح

فاذا تعذر تسليمه بالهلاك سقط تسليم الثمن مقابلته وهو في حق البيع الاول
فيهلك بعد التسليم فلهذا يهلك بالثمن الاول بخلاف ما اذا تمكن من القبض لانه وجد
التسليم بحكم العقد الثاني ولذا لو كان الثمن في البيع الاول دنانير او شيئا اخر مما
يكال او يوزن بعينه عنده ولو اشترى جارية بغلام وتقابضا ثم تقايلا ثم اشترى
احدهما من صاحبه ما اقاله بالخيار وتصادقا فسخ العقد لان المبيع مضمون
على المشتري بنفسه وهو قيمته الا ترى انه لو هلك بعد الاقالة قبل الشرى الثاني يهلك
مضمونا بقيمته لان احد العوضين باق فيبقى محل الاقالة واذا انفسخت الاقالة لزمه رد
ما كان في يده فاذا عجز لزمه رد قيمته وكان بعد القبض موجبا ضمان المقبوض بنفسه
فصار كقبض الغصب فيكون هذا هلاكا بعد القبض معنى في البيع الثاني فيهلك بالثمن
الثاني بخلاف المسألة الاولى لما قلنا وكذا لو كان الثمن الاول عرضا او شيئا مما يكال او يوزن
بعينه لانه لا يبطل الاقالة في بيع العين بالعين بهلاك احدهما فصار كل واحد منهما مضمونا
على صاحبه بقيمته بنفسه ولو مات الغلام قبل الاقالة ثم تقايلا صحت الاقالة بالقيمة
لان محل الاقالة باق وهي الجارية وقيام احد العوضين يكفي لصحة الاقالة ولهذا لو وجد
بها عيبا يردها ويسترد قيمة الهالك لبقاء محل الفسخ فلو لم يسلم المشتري الجارية
التي باعها حتى اشتراها منه جاز البيع فان ماتت قبل تسليمها انتقض البيع بالثمن
الاول وبطل البيع الثاني والاقالة لان الجارية مضمونة بغيرها وهو قيمة الهالك
لا بقيمة نفسها الا ترى انها لو هلكت تبطل الاقالة لفوات محلها ولو لم تبطل
الاقالة لا يجب عليه قيمة الجارية بل يهلك مضمونة بقيمة العبد لانها محبوسة
بها فاذا كانت مضمونة بغيرها لا ينوب هذا القبض عن قبض الشرا بخلاف ما لو قال
تقايلا قبل هلاك الغلام ثم هلكت الجارية بعد الاقالة لان الجارية هنا مضمونة
بنفسها لان الاقالة لا تبطل بهلاكها لبقاء العقد ومثل هذا القبض ينوب
عن قبض الشرا وكذا لو كان العبد هلك بعد الاقالة قبل البيع الثاني ثم ماتت
الجارية بعد البيع الثاني لان في البيع الثاني الجارية مضمونة بغيرها وهو
قيمة العبد فلا ينوب هذا القبض عن قبض الشرا والحاصل انه ينظر الى صفة
القبض يوم العقد ان كان بحال لو هلك يهلك امانة او مضمونا بغيره لا يصلح

لا يصلح لقبض البيع فيصير هالكا في البيع الثاني قبل القبض فيبطل البيع الثاني
والإقالة فيظهر حكم البيع الأول وإن تعاقدا ثم اشترى كل واحد منهما ما في يده
من صاحبه ثم تقابلا أو مات أحدهما قبل صاحبه في يده بعد الشراء الثاني فإن
البيع الثاني لأن كل واحد منهما مضمون على من في يده بنفسه فأشبه كل واحد من
المقبوضين قبض الغصب فينوب عن القبض الذي يفتقر إليه البيع الثاني شار
الحاكم قلنا في الكتاب حيث قال إن الذي اشتراه لو كان في يده قبل الشراء
الثاني بقيمته إشارة إلى ما قلنا أنه يبطل إلى صفقة وقيد البيع الثاني بجعل المشتري
ملك جاريته بالف درهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام وتقابضا ثم تقايلا في الثلاث
ورداد العقد وليس الجارية بحضرتهما ثم اشتراها المشتري من البائع بمائة دينار
جاز البيع والإشكال فيه لأنه شرى المقبوض لا شرى المبيع لأن الرد بخيار الشرط فسخ
مطلق فإن لم يجدد المشتري قبضا حتى ماتت بالثمن الأول لأن المبيع مضمون على
المشتري بغيره وهو الثمن لا بنفسه وهو القيمة فلا ينوب عن القبض المحتاج إليه في البيع
الثاني فينتقض البيع الثاني لفوات القبض فهلكت بالثمن الأول ولو كان الخيار للبائع
والمسألة بحالها تصير بائعا بنقض العقد ويموت بالبيع الثاني لأن خيار البائع
يمنع زوال المبيع عن ملكه والمبيع مضمون على المشتري بقيمته فينوب عن قبض الشراء
والرد بخيار الرؤية والعيب بقضاء أو بغير قضاء بمنزلة خيار المشتري لأن بهذا الخيار
ليس للمشتري فلا يمنع زوال ملك البائع ولهذا لو هلك في يده بعد الرد قبل التسليم
يبطل الرد ويعود البيع ولو تزوج امرأة على عبد وسلمه إليها ثم قبلت ابن زوجها
حتى فسد النكاح أو طلقها قبل الدخول بها ثم اشترى من زوجها جاز وصار قابضا
بنفس العقد لأنه مضمون في يدها بالقيمة ولهذا لو هلك تجب القيمة لبقاء الموجب
للرد والعجز عنه إذا اشترى الرجل ابريق فضة بمائة دينار وتقابضا ثم تقايلا
ولم يتقابضا حتى افترقا بطلت الإقالة وعاد الأمر إلى البيع الأول لأن الإقالة بيع
جديد في حق غير المتعاقدين على ما ذكرنا ووجوب القبض حق عليهما للشرع فلذلك
اعتبارا صار على التفرق من غير قبض كان باطلا ويبطل الصرف فكانت الإقالة
في حق القبض بمنزلة البيع الجديد فلا بد من قبض جديد وعند زفر رحمه الله الحا ج

إلى قبض جديد لأن عنده الإقالة فسخ من جميع الوجوه ولهذا لا يتجدد حق الشفعة
عنده والإقالة والرد بخيار الرؤية والشرط عنده سواء قال في الكتاب وكذلك
لو كان اشتراه بأربع ذهب يعني التقابض في الإقالة الشرط وإن كان كلاهما
عرضا متعينا في العقد لأن المعنى يجمعهما وهو الصرفية ولو أنهما تقايلا ولم يتقابضا
ولم يفترقا حتى تبايعا بيعا مستقبلا كان جائزا ولا يجعل الإقالة في حق البيع الثاني
كبيع جديد لأنها لو جعلت كبيع جديد لا يجوز البيع الثاني كما لو اشترى شيئا ثم باعه
من بائعه أو من غيره قبل القبض فإن قيل يجب أن لا يجوز البيع الثاني لأن الإقالة
في حق الشرع جعلت بمنزلة الصرف ابتداء حتى يشترط القبض لا يجوز بيعه قبله
لمحض لأنه استبدال لكن لأنه يفوت قبض بدل الصرف والقبض واجب فإن قيل
فينا أيضا وجب أن لا يجوز لأنه ليس الاستبدال بل الفسخ وهو يفوت القبض أن
القبض واجب في باب الإقالة كما لو تقايلا ثم تفرقا من غير قبض قيل له ثمة إنما لم يجز
لأن القبض لم يوجد بوجه ما لا حقيقة ولا معنى والقبض شرط فإذا لم يوجد لا يجوز
أما ههنا بالاستبدال وجد القبض معنى لأن الاستبدال لا ينافي القبض المستحق من
كل وجه إنما ينافيه من وجه دون وجه لأن كل مستبدل عن شيء فإنه صح لكل الشيء معنى
باعتبار بدله وصاحبه لما قبض يتسلط صار قابضا معنى والإقالة لعقد
الصرف صرف معنى وليس بصرف حقيقة فيكتفي بوجود القبض معنى فيما هو واجب
في الصرف بقدر شبها بالحكم على وفق السبب أما إذا صار وجد عقد الصرف حقيقة
فيشترط وجود القبض حقيقة ولا يكتفي بوجود القبض الناقص ولأن القبض في عقد
الصرف حق الله تعالى والإقالة كبيع جديد في حق الله تعالى والقبض في بيع الثاني
ليس من حق الله تعالى ألا يرى أنه يجوز بيع المهر قبل القبض في قول أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله وكذا كل بيع بدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد يجوز قبل
القبض ويجوز الاستبدال بالثمن قبل القبض فتبين أن حكم الصرف كذا من حكم
البيع قبل القبض أو قبل القبض يجوز في موضع ما والبيع قبل القبض
يجوز في كثير من المواضع فدل أن الاشتراط القبض عدم جواز البيع فإن هلكا
بعد الشراء الثاني قبل التقابض بطل الشراء الثاني والإقالة وهلكا على

قبل

الصرف الاول وكذا لو لم يهلكا لكن لم يقبضا حتى افترقا عاد الامر على البيع
الاول وبطل البيع الثاني والاقالة لان ذلك القبض انما لا ينوب عن قبض الشرى
الا ترى انه لو هلك احد البدلين انتقضت الاقالة ولم يجب قيمة الهالك وكان
مضمونا بالعقد وهو الثمن لا يتقيد بنفسه فلا ينوب عن قبض الشرى قال في الكتاب
ولا يشبه الصرف ما سواه ويريد انه لا يشبه الاقالة فيما سوى الصرف الاقالة
في الصرف فان القبض في الاقالة في الصرف واجب حتى لو افترقا قبل القبض بطلت
الاقالة وفي الاقالة في سائر المبايعات لا يجب التقابض اعتبارا للاقالة بالبيع كمن
اشترى قصعة بمائة دينار لم يجز له ان يبيعه من البائع وان عين حتى يقبضه لانه
استبدال بدل الصرف قبل القبض وانه حرام او بيع المبيع المنقول قبل القبض
وانه منهي بخلاف ما لو باع البائع من المشتري بعد الاقالة لان الاقالة ليست ببيع
بينهما فلا يكون بيع المبيع على ما ذكرنا ولو انهما تقابضا ثم زاد المشتري في الثمن
عشرة دنانير وقبضها البائع قبل ان يتفرقا جاز بيده قبل ان يتفرقا عن
مجلس الزيادة وان لم يقبض حتى تفرقا بطلت الزيادة لما صحت التحقت باصل
العقد وصارت من جملة الثمن فصار القبض واجبا الا انه يكتفي بالقبض في الحال
لانه صار من جملة الثمن في الحال ولا يمكن الاسناد لكونه هنا الى وقت العقد فيتبين
انه في ذلك العقد وقع الافتراق عن غير قبض فينبغي ان يفسد العقد في ذلك القدر
لان الاستناد انما يظهر في حق حكم يظهر بقبول الاستناد ووجوب القبض لا يقبل
الاستناد والفساد انما كان لفوات القبض المستحق بالعقد وبالزيادة لا يظهر
ان قبض الزيادة كان واجبا وقت العقد فلم يظهر المفسد وقت العقد وكان
وجوب القبض مقصورا على وقت الزيادة وقبض ما يقابله موجود فلذلك
ما دام قبض الزيادة في مجلس ثبوتها يصح ولا يفسد ولا يشترط تجديد
قبض الاصل لان الزيادة تغير العقد من وصف الى وصف لا فسخ العقد لانه لو انفسخ
العقد الاول لم يكن المشروط زيادة اذ الزيادة على الشيء انما يتصور بعد وجود
اصل ذلك الشيء واذا لم ينفسخ العقد الاول لا يشترط قبض البدلين ثانيا بعد وجودهما
بحكم العقد الاول وبهذه المسألة تبين ان الصحيح من العلة في زيادة الثمن او المثمن

تغيير وصف العقد لا فسخ العقد الاول وانشاء عقد آخر ولهذا اصح الزيادة في
حال لا يمكن الفسخ ما لو زاده المتولد من البيع ولهذا ارسلها وعفهما وصحة
الزيادة من الغني وهو لا يقدر على فسخ عقدهما الا اضا والاقتضا ولو لم يزد شيئا
ولكنهما جددا البيع بخمسين دينارا او بما قل او باكثر بعد ما كان تقرر جاز البيع
الثاني لتجدد المشتري قبض الابريق قبل الافتراق والغير قبض الثمن لانهما لما اقدما
على البيع الثاني والاصحا للبيع الثاني مع قيام الاول فينفسخ البيع الاول فيستحق
القبض فيحتاج الى قبض مستأنف والقبض الموجود لا ينوب عنه لانه مضمون بغيره لا
يتقيد بنفسه ومثل هذا القبض لا ينوب عن قبض الشرا فيبطل العقد الثاني بالافتراق
رجل له مثل غلام في حاصه ثم باعه من ابن له صغير جاز لان العبد في يده وطاعته
فكان معذورا التسليم فصح البيع وهذا استحسان وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله
والقياس ان لا يجوز وهذا قول زفر رحمه الله لان الواحد في المعاوضات لما لم
لا يصلح عاقدا من الجانبين لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فيصير الواحد مطالِبا
ومطالَبا ومملوكا ومملكا مستزيدا ومستنقصا فيؤدي الى الاستحالة ولهذا
لو وكل الاب وكيلا بذلك فعقد الوكيل لا يجوز وعند الا معنى يجوز بيعه من ولده
والتجوز شراؤه من ولده وحكي عن ابي علي الشاشي رحمه الله انه قال هذا ليس ببيع ينظر
في الحقيقة بل هو قربان مال اليتيم على وجه الاحسن لان الظاهر انه ينظر لولده
فوق ما ينظر لنفسه وكان قربان ماله على وجه الاحسن وانما سمي معاوضة بيعا مجازا
والصحيح انه بيع لثبوت احكام البيع من خيار العيب والرؤية والشفعة وغير ذلك
وجه الاستحسان ان الاب لكمال شفقته قام شخصه مقام شخصين وعبارته مقام عبارتين
فيجعل كانه باع منه وهو بالغ ثم يحمل الحقوق نحو الاب والولاية لا يحكم العقد
فيكون اصيلا في حقوقه فاما في حق الصغير حتى لو بلغ الصغير كانت العهدة على
الصغير وفيما اذا باع ماله من اجنبي ثم بلغ كانت العهدة على الاب لما ذكرنا بخلاف ما اذا
وكل وكيلا بذلك لان شفقة الوكيل دون شفقة الاب فلا يقوم مقامه
في حق الصغير وصورة البيع ان يقول بعت هذا من ابني او يقول اشتريت هذا لابني
ولا يحتاج الى قوله قبلت لما ذكرنا ان كلامه قائم مقام كلامين ولان المعتبر هو

من الصبي انفس العقول حتى ينعقد العقد بالتعاطي وقد وجد التعاطي وروى الحسن
عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه لا يجوز بيعه من ولده الصغير إلا بمثل القيمة لأنه متهم في
حق نفسه على ولده فكان الغبن اليسير والفاحش فيه سواء فلا يتحمل منه كما لا
يتحمل من المريض المديون بخلاف ما لو باع مال ولده من أجنبي لانعدام التهمة
وروى هشام عن محمد رحمهما الله أنه يتحمل منه الغبن الفاحش في بيعه من نفسه
والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية أنه يتحمل منه الغبن اليسير دون الفاحش لأن الغبن
اليسير إنما يتحمل في بيعه من الأجنبي لتعذر التحرز عنه فجعل عفوا في حقه أيضا ولأن
الظاهر أنه لا يضر بولده لمنفعة نفسه لوفور شفقته بخلاف المريض المديون لأنه محجور
عن التصرف لحق الغرماء فيستوي فيه اليسير والفاحش وإذا باع الشيء فلو لم يدفع
العبد إلى الابن حتى مات مات من مال الأب لأن الأب لم يصر قابضا للابن بعد الشراء
حقيقة لأنه لم يمكن من قبضه حقيقة بعد الشراء وكذلك القبض الذي كان له قبل الشراء
لا ينوب عن قبض الشراء لأن ذلك قبض أمانة والقبض ضمان فلا ينوب عن قبض الشراء
فقد هلك المبيع قبل القبض فيكون على البائع وإن دفع إلى الأب وكان الولد
صغيرا على حاله ويمكن الأب من قبضه يقبض الوالد له قبض للولد لأن للأب عليه
ولاية فيصح قبضه عليه ألا ترى أنه لو اشتراه من غيره للولد يكون القبول والقبض
إليه فكذا إذا باعه منه حتى لو هلك يهلك من مال الولد ولزمه الثمن ولو دفع العبد
بعد ما كبر الولد لم يصح قبض الأب عليه حتى لو هلك قبل قبض الابن يهلك من مال
الأب لأن حق القبض له بحكم الولاية وقد زالت ولايته بالبلوغ فرق بين هذا وبينما لو
اشترى له الأب عبدا من غيره ثم كبر فقبضه الأب جاز قبضه والفرق أن القبض
هنا بحكم العقد وحقوق العقد ترجع إلى العاقد لأن العقد في الحقوق واقع للعاقد
والقبض من حقوق العقد فكان له ولاية القبض لأنه أصل في حق الحقوق فلا يشترط
معنى هنا في الولاية ألا ترى أن الوكيل يملك القبض على الموكل مع نهيه عن القبض لكونه
أصلا فيه وإذا لم يتقدم الولاية لا ينعدم بالبلوغ أما في مسألتنا لم يكن العقد في
حق الحقوق واقعا له لأن المالك هو الأب فلا يجوز أن يثبت له على نفسه حقا فكانت
الحقوق ثابتة للصغير على الأب إلا أن الأب يستوفيه بحكم النيابة عنه لعجزه فإذا بلغ

وصار من أهل استيفاء حقوقه بطلت النيابة وإذا صح بيعه يقبض الثمن
من مال الصبي ويشهد أنه قبضه بجهة الثمن والإشهاد للاحتياط لا أنه شرط
وهكذا ذكر محمد رحمه الله أنه يشهد أنه باع هذا العبد لابنه وأنه ليس بشرط لكن
للاحتياط حتى لا يدعي بقية الورثة بعد موته أنه ملك الأب وفيما إذا اشترى
مال ولده لنفسه يشهد أنه قبض الثمن من نفسه لولده وقال بعضهم يرفع الأمر
إلى القاضي حتى ينصب وصيا عن الصبي فيقبض الثمن من الأب ثم يدفعه إلى
الأب ليقبضه بالولاية وذكر في الهاروني أن الثمن الذي لزم الأب لا يبرأ منه
حتى ينصب القاضي وكيلا للصبي ليقبضه من الأب ثم يأمره القاضي بالرد
على الأب ولو كان الأب وهب الغلام الذي أرسله في حاجته للابن فإنه
رجع حتى مات الوالد فإن العبد للولد لأن الأب صار قابضا له بحكم الهبة
لأن قبضه الأول ينوب عن قبض الولد لأنه من جنس ما يفتقر إليه قبض الهبة فينوب
عنه كقبض الوديعة قال محمد رحمه الله في الأصل في كل شيء وهبه لابنه الصغير
وأشهد عليه وذلك الشيء معلوم فهو جائز والقبض فيه بإعلام ما وهبه له والإشهاد
عليه ليس بشرط بل الهبة تتم بالإعلام لما أنه ذكر الإشهاد احتياطا للتحرز
عن جحود سائر الورثة بعد موته أو عن جحوده بعد إدراك الولد أما إذا اتفقوا
على ذلك فالهبة تامة بدون الإشهاد وكذلك إن كان الولد في عيال أمه لأن لها
عليه نوع ولاية ألا ترى أنها تحفظه وتحفظ ماله وهذا القدر من الولاية يكفي لقبض الهبة
وإن كان اليتيم في عيال أمه فوهبت له عبدا وأشهدت عليه وأبوه ميت ولا وصي له
جازت الهبة وقبض الأم بمنزلة قبض الأب لو كان حيا لأن في القبض معنى الإحراز
كالحفظ وللأم ولاية حفظ مال اليتيم وكانت في قبض الهبة وكذلك إن كان في
عيال العم فقبض العم له وإن كان له أخ أو أم فقبض العم قبض له أيضا لأنه يستوي
بالأخ في ثبوت ولاية الحفظ في ماله وكان ذلك منفعة له وبسبب القرابة القريبة
تثبت هذا القدر من الولاية وقرابة العم كقرابة الأخ ثم ما زادت قرابة العم بكونه في
عياله ولو باع عبدا له آبقا من ابن صغير له لا يجوز ولو وهب له جاز لأن العبد ليس في
يده حقيقة لأنه غير متمكن من أخذه ولكنه في يده حكما ما دام في دار الإسلام لأن

اهل الدار يحفظونه له فصارت يده ثابتة حكما بواسطة اهل الدار والبلد فالحكمية
تشبه يد الوديعة والامانة وذلك يكفي لصحة الهبة ولا يكفي لصحة البيع لانه انما يصح
بيع شيء مقدور التسليم ولذا في الهبة فمتى كانت اليد القائمة للحال تصلح قبضا
للهبة صار مقدور التسليم في حق الموهوب له فيصح ولا يصلح قبضا في البيع
ولم يكن مقدور التسليم في حق المشتري وان كان في حجره ولان النهي ورد عن
بيع الآبق وانما استدل بهذا الفصل لبيان المعرفة بين القبضين وجه الخلاف
ما اذا كان في موضع حقيقة فانه يصح البيع والهبة جميعا فان الذي في حجره ومن
الاجنبي وان كان في يده حكما لانه قادر على التسليم حقيقة بواسطة انقياده
في يده العبد ثم هل ينوب القبض الحكمي عن القبض الذي يستحق بالعقد في البيع لا
وفي الهبة ينوب اذا وهب الوديعة من المودع وهي ليست بحضرتهما يصير قابضا بنفس
الهبة حتى لو مات الواهب قبل ان يرجع الموهوب له الى منزله فهو احق به من
ورثة الواهب بخلاف البيع على ما ذكرنا ولو وهب من ابن صغير له شيئا يصح وتتم الهبة
بيده الحكمية لما ذكرنا في الآبق وهذا احق من اهل الدار ولو باع يصح ولا يصير
قابضا بنفس البيع ما لم يقبضه حقيقة او يتمكن من قبضه ... وهذا لانه لكبير
عند ابي حنيفة وهو في عياله ولم يسلمه اليه او لزوجته لم يجز الهبة الا على قول ابن ابي ليلى رحمه الله
فانه يقول من في عياله يحتز به فيقوم قبضه مقام قبضهم كما لو وهب لابنه الصغير
دل عليه ان الصغير اذا كان في عيال الاجنبي فوهب مولاه او عمه وقبضه من يعوله
تمت الهبة ولا سبب بينهما سوى انه يعوله لكنا نقول لا ولاية له على ولده البالغ ولا
على زوجته فيما وراء حقوق النكاح وقبض الهبة ليس من حقوق النكاح في شيء فكان
هو كالاجنبي في ذلك ولانه متبرع في الانفاق على ولده البالغ فهو كما لو تبرع
بالانفاق على بعض الاكابر وبقوله لا ينوب قبضه عن قبضهم في اتمام الصدقة والهبة
بخلاف الاب في حق ولده الصغير فانه وليه وهكذا نقول في اليتيم يعوله انما يعتبر
قبضه له اذا لم يكن لليتيم ولي يقبض له وهنا الموهوب له ولي بنفسه فلا حاجة الى
قبض من يعوله في صغره كما اذا كان الصغير في عيال اجنبي وله اب او جد فانه لا يعتبر
قبض من يعوله في اتمام الهبة وهذا استحسان اما في القياس لا يجوز قبضه ايضا وان لم يكن

له ولي لانه لا ولاية له عليه وهو متبرع في تربيته والانفاق عليه فكان كسائر الاجانب
فيما ينبني على الولاية اما الصبية التي دخل بها زوجها فان زوجها يقبض الهبة لها لانه
يعولها وان كان لها اب لان الاب اقام الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها
اذا دفعها اليه وقبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوج فيه مقام الاب وليس
هذا بمنزلة ما لو سلم الاب ولده الصغير الى من يعوله لان ذلك لا يثبت الاستحقاق
فلا يقوم فيه مقام الاب وبالنكاح يثبت عليها اليد حتى يصير هو احق من الاب
وان كانت لم تزف اليه لم يعتبر قبضه لها لعدم اليد المستحقة ولا يجوز قبض الجد
والاخ مع حضرة الاب لانعدام الولاية لهما مع حضرته والله اعلم ۵

باب الزيادة في البيع والاقالة في ذلك

وما يرجع على البائع وما لا يرجع ۵ اصل الباب ان الزيادة في الثمن والمثمن يجوز وتلتحق
باصل العقد وكذا الحط من المبيع لكن انما يجوز اذا كان المعقود عليه قائما محلا
للعقد لان الزيادة في العقد والحاقه تقتضي قيام العقد والعقد لا يبقى بدون
المعقود عليه ويجب ان يكون في الحال قابلا للبيع لانه اذا لم يكن قابلا للبيع لا يكون
قابلا لتغيير البيع الاول وهذا عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله هي هبة مبتدأة
لانه لا يثبت لهم ... سواء كانت الزيادة من العاقد او من اجنبي وكذا الحط عندنا
يلتحق باصل الحط ويجعل كان العقد عقد بما بقي حتى في حق الشفيع والمولى عندهما
هو بر مبتدأ في حق من حط عنه خاصة قالا ان الثمن لا يستحق بالعقد الا عوضا والمبيع
كله صار مملوكا للمشتري يستحق ملكه ما بقي حكم العقد ومع بقاء ملكه في المبيع لا يمكن
ايجاب الزيادة عليه عوضا لانه يلزم العوض عن ملك نفسه وذلك لا يجوز كالمودع يشتري
الوديعة من المودع او المغصوب منه يشتري المغصوب من الغاصب وهذا في حق الاجنبي
اظهر فانه لا يملك شيئا من المبيع فكيف يلزم الثمن بمقابلة ما لا يملكه ولا يمكن اثبات
الزيادة من وقت العقد فان المبيع لو كان هالكا في الحال او كاتبه او كان عبدا فاعتقها او
دبرها او استولدها لم يثبت الزيادة في الثمن وكذا الزيادة في المهر لا تتنصف بالطلاق
قبل الدخول ولو التحقت لكان حكمها حكم المسمى واذا ثبت هذا في الزيادة وكذلك
في الحط لان الثمن كله صار مستحقا بالعقد ولا يخرج البعض عن كونه ثمنا الا بالفسخ في

ذلك العقد والفسخ لا يكون في احد العوضين دون الآخر مع ان الثمن معقود به وفسخ
العقد من المعقود عليه لا في المعقود به بدليل الاقالة دل عليه ان حط الكل يصح مبتدأ
حتى لا يظهر في حق الشفيع والمولى فكذا اذا حط البعض ولنا انهما غيرا العقد بتراضيهما
من وصف الى وصف مشروع فيصح ويجعل كالمذكور في اصل العقد كما لو كان
البيع بخيار لهما فاسقطا الخيار او بغير خيار فشرطا الخيار لهما او لاحدهما وبيان
الوصف انهما يجعلان الخاسر عدلا بالزيادة او العدل رابحا والرابح عدلا او خاسرا
بالحط وهذا وصف مشروع في البيوع وبيان ان العقد قائم بينهما انهما يملكان التصرف
فيه رفعا وابقاء فيملكان التصرف فيه بالتغيير من وصف الى وصف لان التصرف
في صفة الشيء اهون من التصرف في اصله فاذا كانا يملكانه يملكان التصرف
في اصل العقد ففي صفته اولى وقوله يلتزم العوض عن ملكه قلنا قيام العقد
بقيام المعقود عليه والمعقود عليه قائم في يد المشتري على وجه يجوز الاعتياض
عنه فيجوز منه التزام العوض بمقابلته ايضا لان الانسان انما لا يلتزم العوض
عما هو مملوك له اصلا او مقصودا اما تبعا فقد يلتزم وهذا لان الارباح في حكم الصلات
ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث ولانه تبع والعوض بمقابلة الاصل
دون التبع الا ترى ان اطراف المبيع والحسن يسمى بالمعاوضة تبعا ولا يقابلها
شيء من الثمن بل العوض بمقابلة الاصل يعني عن اعتبار العوض بمقابلة التبع فكذلك
الزيادة الا ترى ان الجارية اذا ولدت قبل القبض يدخل ولدها في البيع ويأخذ قسطا
من الثمن فلما صار التبع بحقوق الزيادة بغير رضاهما من طريق الحكم فلان يجوز مع
التراضي اولى وبعد هلاك المعقود عليه قد روي في رواية الاصول عن ابي حنيفة رحمه
الله ان الزيادة تصح كما يصح الحط بطريق الثبت لاصل العقد وفي ظاهر الرواية
لا تثبت الزيادة لان المعقود عليه لم يبق على وجه يجوز الاعتياض عنه فلا يمكن اثبات
الزيادة عوضا ولذلك بعد الاعتاق والتدبير لم يبق على وجه يجوز الاعتياض عنه وهذا
لانه لا بد لاثبات الزيادة عوضا من اعتبار الحال ثم الاسناد الى وقت العقد وقد
تعذر اثباتها في الحال فلا يظهر فيها حكم الاسناد كما قلنا في البيع الموقوف انه لا بد من
قيام المعقود عليه عند الاجازة ليثبت الملك مستندا الى وقت العقد وبالاتفاق في البيع

بشرط الخيار للبائع وعلى هذا لو كانت الزيادة من الاجنبي صحتها لانه التزمها عوضا
والالتزام صحيح منه وان لم يملك بمقابلته شيئا كما لو خالع امرأته مع اجنبي على مال
وضمنه الاجنبي او صالح اجنبي عن الدين او الدم على مال وضمنه صح الصلح وان لم يملك
الملتزم بمقابلته شيئا والدليل عليه ان الموهوب له لو عوض الواهب جاز وعليه
وان عوضه عما هو ملكه وعلى هذا الحط الا ان عمل الحط في اخراج قدر المحطوط من ان
يكون ثمنا فاشترط فيه قيام الثمن لا قيام المعقود عليه والثمن باق فيثبت الحط على سبيل
الالتحاق باصل العقد وقد بينا انه مغير لوصف العقد وليس بفاسخ حتى يقال
الفسخ في الثمن لا يكون والدليل عليه ان الحط بسبب العيب في مجلس العقد على احد
قولي الشافعي رحمه الله فانه يثبت ملحقا وكذا الزيادة في المجلس عنده صحيحة وقبل قبضه وان
هو مع زفر رحمه الله بعد الافتراق ومعنا قبله بخلاف حط الجميع فانه غير مغير لوصف
العقد لان الالف لا يكون مغبونا بجميع الثمن ولو التحق باصل العقد اما ان يفسد العقد
لانه يبقى بيعا بلا ثمن وقد علمنا انهما لم يقصدا ذلك او يصير كان العقد هبة وقد كان
قصدهما التجارة لا الهبة وبخلاف الشفيع لانه يتعلق حقه بالاخذ بالثمن الاول فلا يصح
الزيادة في حقه الزاما ولانه لا ولاية لهما عليه الا ترى انهما لو جددا العقد باكثر من الثمن الاول يجوز
في حقهما ولا يبطل حق الشفيع وكذا الاقالة وعلى هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى
من رجل عبدا بالف درهم وتقابضا ثم باعه من آخر بمائة دينار وتقابضا ثم زاد المشتري
الاول بائعه في الثمن خمسين دينارا صحت الزيادة لقيام المعقود عليه حكما والتحقت باصل
العقد كانه باعه من الابتداء بمائة وخمسين وليس للمشتري ان يمتنع عن تسليم الزيادة لانها
لزمته ثمنا في الاصل ولو وجد بالعبد عيبا ورده بقضاء قاض فله ان يسترد الثمن
والزيادة لما ذكرنا ان الكل صار ثمنا بمقابلة المبيع وان لم يكن المقابلة على قدر الزيادة ثابتة
حقيقة في ابتداء العقد لان الاصل في الثمن يستغني عن المقابلة حقيقة لكن متى صحت الزيادة
بعد العقد فقد غيرناه الى وصف على ما ذكرنا والاوصاف لا تستقل بنفسها بل هي
قائمة بالموصوف والموصوف وهو العقد موجود من وقت التكلم حقيقة لانه عبارة عن كلام
العاقدين فوصف الاعتبار بما هو من اوصافه يثبت من ذلك الوقت ايضا كالتصديق
في باب الاقرار فهذا هو معنى الاسناد في الزيادة فيثبت حكم الرد في الزيادة لهذا ويسترد

البايع الثاني على البايع الاول ان كان العيب قديما لا يحدث مثله او اقر انه
كان عنده او ابى اليمين لان المبيع رجع الى بايعه بالقضاء وكان فسخا في حق الكل
فله ان يرده على بايعه ولو لم يرد في الثمن شيئا ولكنهما جددا البيع باقل من الثمن الاول
او باكثر ثم رده بعيب بقضاء لم يكن للبايع الثاني ان يرده على البايع الاول سواء
كان يحدث مثله او لا يحدث مثله او اقام البينة انه كان عنده وليس له ان يرجع بنقصانه
ايضا الا ان اقدامهما على البيع الثاني لما تضمن فسخ العقد الاول اقتضاء صار كانهما
تقايلا البيع فيما بينهما ثم اشترى المشتري منه ثانيا ولو كان كذلك لا يرد
على بايعه لان الاقالة بيع جديد في حق غيرهما والبايع الاول غيرهما فصار كانه كان
البايع الثاني اشترى من المشتري الثاني ثم باعه منه ثم رده عليه بالعيب ولو كان
كذلك لم يكن له ان يرده على بايعه لانه لم يعد اليه قديم ملكه وحق الرد انما يثبت له على البايع
الاول في البيع الاول الى بيع اخر وهذا الملك غير ذلك الملك لاختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف
الاعيان وكان هذا عيبا احدثه ولا يرده بخلاف ما لو زاد المشتري الثاني لان بشرط
الاستفسخ البيع الاول اقتضاء فاذا رد المشتري على بايعه بالعيب عاد اليه قديم ملكه فيرد لا البايع م
هو على بايعه كما لو لم يوجد الزيادة وهذه المسالة تدل ان الزيادة لا توجب فسخ العقد الاول
لما ذكرنا في الباب الاول ولو ان المشتري الثاني زاد عرضا في هذه المسالة الاولى
وقيمته خمسون دينارا صح لانه جاز البيع في الابتداء فصحت الزيادة وصار كانه اشترى
بالمائة والعرض فلو وجد بالعبد عيبا ورده بقضاء يسترد المائة والعرض وله ان يرد
على بايعه كما ذكرنا في الدراهم ولو هلك العرض في يد المشتري الثاني قبل التسليم بحكم
الزيادة انتقض البيع في حصة العرض وهو ثلث العبد لان الزيادة المشروطة التحقت
باصل العقد ولما التحقت صارت اصلا فصار كانه اشترى العبد من الابتداء بمائة وعرض
قيمته خمسون وهلك العرض قبل التسليم فينتقض البيع بقدره فان وجد المشتري بالعبد
عيبا ورد ما صار له وهو الثلثان بقضاء القاضي رده الثاني على الاول ان كان العيب عنده
لان كل العبد عاد اليه فسخا بعضه بانتقاض البيع بهلاك العرض وبعضه بحكم الرد بقضاء
ولو رد الثلثين عليه بغير قضاء ليس له ان يرد شيئا على بايعه لان الثلث وان عاد اليه
بما هو فسخ لكن امتنع الرد فيه لتفرق الصفقة وضرر التشقيص وامتنع الرد في الثلثين

لانه عقد جديد في حق الاول وكذا لو تقايلا العقد في بعض العبد قبل هلاك
العرض او بعده او لم يرد شيئا وتقايلا في البعض ثم رد الثاني عليه بعيب لم يكن له
ان يرد على البايع الاول لان الاقالة في حق الثالث بيع جديد فصار كان المشتري
الاول اشترى من المشتري الثاني بعض العبد ثم باعه منه ثانيا ثم وجد به عيبا
فرده الثاني فانه لا يرده الثاني على الاول رجل اشترى جارية بالف درهم ونقدها
ثم اعتقها او دبرها او كاتبها او ولدت منه او باعها او وهبها او تصدق بها او ماتت
او قتلت في يده ثم زاد المشتري في الثمن لم تجز الزيادة لما ذكرنا ان الزيادة تصرف في العقد
بالتغيير واعتباره بقيام العقد وقيامه بقيام المعقود عليه ومحله ما يكون قابلا لحكم
العقد ما دام محله وحكم العقد في بعضها لانعدام الملك وفي بعضها قد اختل فلا
يستقيم وقوع الزيادة بغير افتراق والقيمة وان وجبت بالقتل وهي بدل لكنها غير
معقود عليها حقيقة فلا يبقى العقد قائما باعتبارها وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة
انه يصح الزيادة بعد الهلاك لان حكم العقد باق وان كان المعقود عليه هالكا الا ترى انه
لو اطلع على عيب كان له ان يرجع بنقصان العيب وكذا الحط من الثمن بعد هلاك المعقود
عليه يجوز فكذا الزيادة والجامع ان الحط اخراج بعض الثمن عن البيع من غير فسخ فكذا
الزيادة ادخال بعض المبيع عن الثمن من غير فسخ وكذا قال ابو حنيفة رحمه الله على هذه الرواية
اذا زاد في المهر بعد موتها يجوز ووجه ظاهر الرواية انهما جعلا المشروط زيادة بعد
ان يكون المعقود عليه بحال يتصور حدوث الزيادة منه حقيقة حتى يقدر ان على
جعل المشروط زيادة لصنعهما وهذا انما يكون حال المعقود عليه اما الحط اسقاط
الثمن فيستدعي قيام الثمن وهو قائم الا انه اذا كان المبيع قائما يلتحق باصل العقد وان
لم يكن يقتصر لانه يصح ملحقا وغير ملحق الا ترى لو حط جميع الثمن يصح ولا يلتحق وليس
بهلاك المعقود عليه اكثر من عدم الالتحاق بخلاف الزيادة لانها لا تصح الا ملحقة فان قيل
بعد ما باع يتصور حدوث الزيادة منه فلم لا تصح الزيادة وهي رواية عن محمد رحمه الله
في البيع والهبة والصدقة لان المعقود عليه قابل للملك وكان العقد قائما قيل لان
المعقود عليه وهو العين تبدل حكما فلا يتصور حدوث الزيادة من المعقود عليه الاول
وهذا لان المعقود عليه ملكه لا ملك الغير ولو كانت الجارية قائمة بعينها ولكن قطع يدها

رجل

ثم زاد في الثمن جازت الزيادة لان المعقود عليه قائم وهو غير الجارية وهي محل الابتداء
العقد وانها حال يتصور حدوث الزيادة منها وقال المسالة على ان شرط الزيادة لا توجب
فسخ العقد حتى يجوز شرط الزيادة في حال لا يتصور فسخ العقد بالارش ولذلك لو
رهنها او اجرها او اعارها لان المعقود عليه قائم حقيقة وحكما الا ترى انه يستبدل من سائر
التصرفات المتعلقة بالبيع ولهذا لو باعها من المستاجر او المرتهن واعتقها يجوز وهو
متصور وجود الزيادة منها حقيقة مملوكة بالعقد الاول وهذا لان الملك لم يتبدل
حتى يصير العين مستبدلا حكما بخلاف البيع استشهد محمد رحمه الله فقال الا ترى انه لو ان نصرانيين
لو تبايعا خمرا بدراهم ثم اسلما والخمر قائمة بعينها ثم زاد المشتري في الثمن لا يجوز ولذلك
مسلم باع عصيرا من مسلم وتقابضا فصار خمرا في يد المشتري ثم زاد في الثمن لا يجوز لخروج
المحل من ان يكون قابلا لحكم العقد وهو الاختصاص به تصرفا وقد فات ذلك بهذه العوارض
ولو حط بعض الثمن جاز لانه تصرف فيه باسقاط البعض قال الكرخي رحمه الله الزيادة في
البيع من البائع او المشتري جائزة اذا كانت الزيادة مما لو اسمي في العقد عليها وعلى
المبيع صفقة جاز وانما شرط ذلك الكرخي لانه ذكر اجماعهم والزيادة المتفق عليها
بهذه الصفة فاما على قول ابي حنيفة رحمه الله الاحتياج الى هذا الشرط لان الزيادة الفاسدة
تلتحق عنده وتفسد العقد والزيادة بعد هلاك المعقود عليه تلتحق ايضا اذ شرط ذلك للزوم
الزيادة لا للحوقها لان الزيادة الصحيحة تلتحق وتلزم والفاسدة عنده تلتحق ولا تلزم لان
العقد عنده يبطل قال وسواء كان ذلك قبل القبض او بعده لان العقد في ملكهما في الحالين
وهو المجوز قال وبيسير اذا كان المبيع عبدين بالف فزاد المشتري مائة جاز وانقسمت
على قيمتهما كان الثمن الف ومائة وكذا لو سمى لكل عبد ثمنا ولو زاد في العشر واحدا
انقسمت على قدر الثمنين لانه اذا زاد في العبدين مائة فقد جعلها بدلا عنهما والبدل
عن الشيئين المختلفين ينقسم على قيمتهما كاصل الثمن وكذا اذا فصل الثمن لان الزيادة بدل
مطلق فصار كالاصل اذا كان مطلقا اما اذا زاد في العشر واحدا فقد ابتغى الزيادة الثمن
فتنقسم على قدر الاثمان الا ترى انها لو قسمت على القيمة لصارت في احدهما اكثر من واحد في
العشر وفي الاخر اكثر قال ابو يوسف رحمه الله فان اشترى عبدين صفقة واحدة بالف
فحط عن المشتري مائة كان الحط صفقتين والحط يخالف الزيادة لان الحط لا يكون الا عن الثمن

فلا يتبع القيمة فاذا قال حططت من ثمنها مائة فقد ادخلها في الاطلاق على وجه
واحد فتساويا قال ابو يوسف رحمه الله وان اشترى عبدا بجارية وتقابضا
ثم مات احدهما ثم زاد احدهما صاحبه فالزيادة جائزة عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله اما على اصل ابي حنيفة رحمه الله فلما بينا ان هلاك المعقود عليه
لا يمنع الزيادة على رواية فلذلك هلاك بعضه واما ابو يوسف رحمه الله يقول
في المقايضة بعد هلاك احدهما العقد قائم ولهذا جازت الاقالة لبقاء ما يتعين بالعقد
فجازت الزيادة كما قبل هلاك احدهما العقد قائم ولهذا جازت قال ولو ان المتعاقدان
جازت الزيادة من ورثتهما لان الوارث قائم مقام المورث في حقوق العقد ولهذا
يرد بالعيب ويرد عليه ويقايل قال محمد رحمه الله واذا اشترى جارية وقبضها
فماتت في يده فزاد البائع المشتري جارية اخرى فالزيادة جائزة فان زاد المشتري
للبائع لم يجز فان سلمها الى البائع فله ان يستردها لان زيادة البائع عوض عن الثمن
وحكم الثمن قائم فجازت الزيادة في مقابلته وزيادة المشتري عوض عن المبيع والمبيع هالك
فلا يجوز بدل العوض عنه

باب الغصب الذي

يلزم القبض في البيع والهبة وما لا يلزم فيه المضمون من ذلك والامانة اصل
الباب ما ذكرنا ان القبضين اذا تجانسا ناب احدهما عن الاخر واذا تغايرا ناب الاعلى عن الادنى
ولا ينوب الادنى عن الاعلى ويد الامانة لا تنوب عن قبض البيع وتنوب عن قبض الامانة
لان في البيع الحاجة الى القبض لنفسه لانه يفيد الملك بنفسه فيقع القبض بهذا الحكم
لا الاستحقاق ويد الامانة يد غيره وفي الهبة او الاتباع للواهب لا يفيد الملك بنفسها
فيقع القبض اولا للواهب لنفسه في البقاء ويد الامانة تصلح لذلك اذا عرفنا هذا
قال محمد رحمه الله رجل غصب من رجل عبدا ثم امر رجلا ان يشتريه له من المغصوب منه
فاشتراه المامور جاز ونصب الغاصب قابضا بنفس شرى الوكيل حتى لو هلك في
يده قبل ان يجدد قبضا يهلك من ماله كما لو اشتراه بنفسه لان قبض الغصب ينوب عن
قبض الشرى وقبض الموكل بمنزلة قبض الوكيل حتى يتاكد عليه الثمن بقبضه ويخرج عن
ضمان البائع وان لم يكن له حق المطالبة بالتسليم فان قبل القبض يقدم الموكل
ان القبض حق الوكيل فوجب ان لا يصح لانه ابطال حقه الا ترى ان المالك لو دفع زكاة

السابق الى العقد كان للساعي ان ياخذه منه ثانيا وان دفع الى صاحب الحق لانه ابطل
حقه في العين قيل لم لا يعتبر القبض حق الوكيل لكن الوكيل انما يقبضه للموكل لا لنفسه
فاذا اقبضه الموكل فقد قبض حقه والاصل فيه على الوكيل وصح قضاء الدين بخلاف
الزكاة لانها وان كانت حق الفقير لكن فيها حق الساعي ايضا الا ترى انه قبضها ولا يملك
ابطال حقه بان قيل هنا ايضا ابطال حق الوكيل لان له حق الحبس من الموكل لاستيفاء
الثمن لما عرف ان الوكيل مع الموكل بمنزلة البائع مع المشتري ولو جعلناه قابضا صح
قبضه لا يكون له حق الاسترداد والحبس لاستيفاء الثمن فيبطل حقه قلنا نعم لكنه رضي
ببطلان حقه في الحبس لانه لما اقدم على الشرى مع علمه ان الموكل يصير قابضا بمجرد الشرى
فقد رضي ببطلان حقه صريحا بان سلم اليه المبيع او امر البائع بتسليمه اليه فسلم صح
تسليمه ويبطل حقه كذلك هنا ورجع المغصوب منه بالثمن على الوكيل لان حقوق العقد
ترجع على العاقد ورجع الوكيل على الغاصب لانه وكيله ولو ان الاجنبي امر الغاصب ان
يشتريه له ففعل جاز ويصير قابضا بنفس العقد حتى لو هلك قبل ان يقبضه الامر
وقبل تجديد القبض من الغاصب يهلك على الموكل لان حق القبض للوكيل وقد صار
قابضا بنفس الشرى ووجب الثمن للبائع على الوكيل الغاصب ويرجع به على الموكل وله
ان يحبس المبيع عن الموكل لاستيفاء الثمن واذا انعدم ماله يرجع به على الموكل ولو
هلك في يده قبل ان يحبسه من الموكل يهلك على الموكل ويرجع عليه بالثمن لانه في القبض
عامل له لانه يثبت ملكه في المشترى فيكون الهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل وعند
زفر رحمه الله ليس له حق الحبس لان الوكيل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل ان
هلاكه في يده كالهلاك في يد الموكل فكانه قبضه حقيقة ثم دفعه الى الوكيل وهذا لمعنيين
احدهما ان المقبوض امانة في يد الوكيل والثمن دين له على صاحبه وليس للامين ان يحبس
الامانة بدينه على صاحبها والثاني ان الوكيل قبضه مع علمه ان الموكل يصير قابضا
بقبضه فكان راضيا بقبض الموكل فكان بمنزلة ما لو سلمه اليه ثم اراد ان يسترده منه
او بمنزلة بائع سلم السلعة الى المشتري ثم اراد ان يسترده ليحبس لاستيفاء الثمن ولنا
ان الموكل يملك المبيع بعقد باشره الوكيل بدليل استوجبه الوكيل عليه حالا
فكان له ان يحبسه بالعين كالبائع مع المشتري وهذا لان الوكيل مع الموكل بمنزلة البائع مع

المشتري

المشتري اما لان الموكل يتلقى الملك من الوكيل بعوض او بعقد الوكيل
بعوض ولهذا لو اختلفا في الثمن يتحالفا ولو وجد به الموكل عيبا رده على
الوكيل وقوله بان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل فيه نظر لان احدهما
ان قبض الوكيل متردد يجوز ان يكون ليتم مقصود الموكل ويجوز ان
يكون لاحياء حق نفسه وانما يتبين احدهما عن الاخر بحبسه فكان الامر منه موقوفا
في الابتداء ان لم يحبسه عنه عرفنا انه كان عاملا للموكل وان حبسه عرفنا
انه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه والثاني ان هذا قبض
لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوصل الى الحبس ما لم يقبضه ولا يمكنه ان
يقبض على وجه لا يصير الموكل به قابضا وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا
يسقط به حقه في الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق
منه الرضى فيما لا طريق له الى التحرز عنه ومثل هذا الخلاف يظهر الخلاف في
حبس الصباغ الثوب بالاجر رجل رهن رجلا عبدا ثم وهبه الراهن
له وقبله جاز ويصير قابضا بنفس الهبة ويبطل الرهن ويرجع المرتهن
على الراهن بدينه لان قبض الرهن ينوب عن قبض الهبة لان قبض الرهن قبض
امانة او قبض ضمان بعينه وقبض الهبة قبض امانة فكان قبض الرهن مثل
قبض الهبة او فوقه فينوب عنه ويبطل الرهن حتى لو هلك لا يسقط
الدين فان قيل ضمان الرهن انما يجب بالفعل وهو القبض فلا يرتفع بالقول
ولان سبب وجوب الضمان القبض وانه باق الا ترى انهما لو تفاسخا الرهن
لا يبطل الضمان والا ترى انه لو قضى الدين او ابراه منه اي عن ضمان الرهن
لا يبطل ولو اعطاه رهنا اخر مكان الاول لا يخرج الاول من كونه والا يبطل
الضمان قلنا نعم الا انه اختلف جهة القبض وباختلاف الجهة يبدله اختلاف
القبض كما قلنا في الوكيل ان قبضه قبض امانة وبالحبس يصير مضمونا مع
اتحاد القبض حقيقة وكذا المودع او المستعير يصير ضامنا مع اتحاد القبض
حقيقة بخلاف ما لو قضى الدين لانه لم يختلف الجهة وقبض الرهن قبض
استيفاء وظهر انه استوفى الدين مرتين وفي الابراء يبطل الرهن استحسانا

وفي القياس لا يبطل لانعدام جهة القبض لعجزه ولذا اذا اعطا. وهنا يحمل
جهة القبض بحال المشتري عندنا بانه فيه وبقاؤه قائم بقابلا وليس العقد
يحصل بتمامه من البائع وبعد العقد من المشتري جاز باخذ قبل المشتري
ولا يكون الهبة نقضا للاقالة وسوف يقبض المشتري عن الهبة ان المبيع بعد الاقالة
في يد المشتري مضمون بعينه وهو الثمن ولهذا لو هلك يبطل الاقالة ويعود
البيع وكان نوع قبض الهبة فيسقط عنه فيرجع المشتري على البائع بالثمن
فرق بين هذا وبين المشتري اذا وهب العبد من البائع قبل القبض وقبله البائع
كانت الهبة نقضا للبيع وهنا لا يكون نقضا للاقالة والفرق ان هنا امكن
العمل بحقيقة الهبة والاقالة لان الاقالة فسخ في حقهما وكان العائد اليه قديم ملكه
ولو باعه منه يجوز فكذا الهبة فلا يصيرون الى جعل الهبة كناية عن الاقالة اما في
البيع لا يمكن العمل بحقيقة الهبة لان المشتري ممنوع عن تمليك المبيع المنقول من
البائع او غيره قبل القبض الا ترى انه لو باعه منه لا يجوز واذا تعذر العمل بحقيقة
الهبة مست الحاجة الى جعلها مجازا وبين الهبة والاقالة مناسبة وموافقة في
المعنى فيجعل مجازا عن الاقالة الا ترى ان الرجل يقول في الدعاء اقلني عثرتي
وهب لي ذنبي وهذا لان لفظ الهبة يجوز استعمالها في الاسقاطات الا ترى انه
يقال وهب الدين من فلان بمعنى الاسقاط ولو قال لامرأته وهبتك لاهلك او
لعبده وهبتك لك نفسك يكون اسقاط الملك النكاح والنمس وكانت الهبة مجازا عن
الاقالة لما تعذر العمل بالحقيقة ثم فرق بين هبة المبيع من البائع قبل القبض وبين بيعه
منه فان الهبة لا يصح ويكون اقالة ولو باعه منه لا يصح ولا يبطل البيع الاول والفرق ما
ذكرنا انه تعذر العمل بحقيقة الهبة فيجعل مجازا عن الاقالة ولان قبض البائع لا يقوم مقام
قبض المشتري لانه لا يصلح نائبا عنه في القبض لانه عامل لنفسه في براءة نفسه عن
ضمان المبيع فلا يصح الهبة فيجعل مجازا اما البيع فلا يصح قبل القبض ولم يوضع
لاسقاط الحقوق وانما وضع للتمليك فاذا لم ينعقد به الملك لم يتعلق به حكم ولان
في البيع اللفظ وقع فاسدا لانه منهي عنه فلا نتكلف لتصحيحه اما في الهبة ما كان
من جنس اللفظ لانه لم يرد النهي عنه فصح اللفظ وتصحيح كلام العاقل واجب ما امكن

فيجعل مجازا عنه عند تعذر العمل بحقيقته فان قيل امكن العمل بحقيقة الهبة
هنا ايضا فانه لو وهبه من الصبي وامره بالقبض يجوز فاذا وهبه من البائع مع
علمه انه لا يجوز الا بالقبض صار موكلا وامر البائع بالقبض فيجوز قلنا
البائع لا يصلح نائبا عن المشتري في قبض المبيع لانه عامل لنفسه فانه يبرئ نفسه
عن ضمان المبيع ولهذا لم يصح توكيلا ونائبا عنه لم يوجد قبض المشتري ولما لم
يوجد قبض المشتري لا يوجد قبض الهبة فلا يصح الهبة اما الاجنبي يصلح نائبا عن
المشتري في قبض المبيع فيقبض المبيع للمشتري اولا بحكم البيع ثم يصير قابضا
لنفسه بحكم الهبة فيجعل قبض الهبة بعد قبض الشراء فيصح بخلاف ما اذا
استأجر المشتري البائع على ان يعمل في المبيع عملا يتعيب او امره بذلك
مثل القطع في الثوب والغسل اذا كان يتعيب فيفعل فانه يصير قابضا
وبحال العرض هلك المبيع او لم يهلك لان هذا فعل حقيقي موثر في العين وكان
فعله بامر المشتري كفعله بنفسه بخلاف القبض لانه لا يؤثر في العين ولا يوجب
عيبا فيه حتى لو كان فعلا لا يؤثر في العين بان امره بالنقل من مكان الى مكان
ففعل لا يصير قابضا واما وجوب الاجرة انما صار بذلك الفعل قابضا حكما
صار بذلك القبض مستوفيا للعمل فيجب بدله فان كان فعلا لا يصير به قابضا
يجب الاجر ايضا وكان ينبغي ان لا يجب لان المنافع هلكت قبل القبض فلا يجب
بدلها الا ان المراد المنافع التي لا تفتقر الى التسليم لو انعقد في مثل الحمل فيجب
الاجر لان التسليم فيها لا يعتبر هذا اذا باع من البائع او وهبه منه اما اذا باع من
غيره لا يجوز عندنا في المنقول وقال مالك رحمه الله لا يجوز في الطعام ويجوز في غيره
لان النبي صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالذكر عند النهي لما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل ان يقبض فذلك دليل على ان الحكم فيما عداه
بخلافه ولانا نقول ليس لهذا التخصيص فائدة وحجتنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه نهى عن بيع ما لم يقبض وقال عليه السلام لعتاب بن اسيد رضي الله عنه حين
وجهه الى مكة قاضيا واميرا انطلق الى اهل بيت الله وانههم عن اربعة عن بيع ما لم
يقبضوا وكلمة ما للتعميم فيما لا يعقل ثم تخصيص الشيء بالذكر عندنا لا يدل على ان

الحكم فيما عداه بخلافه قال الله تعالى فلا تظلموا فيهن انفسكم وذلك لا يدل على انه
يجوز في غير الاشهر الحرم كيف وراوي هذا الحديث ابن عباس رضي الله عنه وقال
بعد روايته كيف واحسب كل شيء مثله والثاني من الحديثين فيحمل ما روينا على
عمومه وما رواه على خصوصه والكلام في هذه المسألة ينبني على اصل وهو ان عند
مالك رحمه الله فيما سوى الطعام البيع لا يبطل بهلاك المعقود عليه قبل القبض وعندنا
يبطل لفوات القبض المستحق بالعقد كما في الطعام فلتوهم الغرر في الملك المطلق للتصرف
قلنا لا يجوز تصرفه قبل القبض او العجز عن تسليم المبيع بحبس البائع اياه بحقه والدليل
على ان هلاكه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الثمار حتى تزهي وقال ارايت ان منع الله الثمر ثم يستحل احدكم مال اخيه
فهذا يدل على ان الهلاك في يده يسقط الثمن ولانه لو بقي البيع لا يخلو اما ان يسقط الثمن او
تجب القيمة على البائع ولا يجوز ايجاب القيمة على البائع لانها لو وجبت لوجب عليه تسليمها
بعقد البيع وما وجب تسليمه بعقد البيع فهو مبيع والقيمة لا يجوز ان تكون مبيعة في
الذمة بخلاف ما اذا استهلكه اجنبي لانه لا يلزمه قيمته بعقد البيع الاترى انا لو قدرنا
انعدام البيع لزمه الضمان وهنا لو قدرنا انعدامه لا يلزمه وهذا بخلاف ما لو تزوج امراة
على عبد وهلك في يده فانه يجب عليه قيمتها بحكم العقد لان ما وجب تسليمه بحكم العقد
فهو مهر والقيمة يجوز ان تكون مهرا في الذمة والاجارة فيه كالبيع اما الهبة والصدقة
في المبيع قبل القبض لا يجوز عند ابي يوسف وعند محمد كل تصرف لا يتم الا بالقبض فذلك
جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه لان تمام هذا العقد لا يكون الا
بالقبض والمانع زايل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه وقاس
بهبة الدين من غير من عليه الدين فانه يجوز اذا سلطه على قبضه بخلاف البيع
وابو يوسف رحمه الله يقول البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع يمنع
تمام الهبة دون البيع ويصح البيع ممن لا يصح منه الهبة ثم بيع المبيع قبل القبض
لا يجوز لانه يملك بعين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة اولى لانها في
استدعاء الملك اقوى من البيع ثم المبيع قبل القبض ليس بمحل ليملكه من غيره
الاترى انه لا ينعقد البيع فيه وان اجازه البائع وكان هذا تمليك عين غير مملوك

اصلا كالصيد في الهدي وكذلك لا يجوز ايجاب البيع والهبة فهذا امثلة
وذكر في المأذون العبد المأذون له اذا باع جاريته بغلام ولم يقبض
الغلام حتى وهبه للمشتري وقبله كان نقضا له والهبة كانت عن
الاقالة وان لم يقبل فالهبة باطلة والبيع على حاله ولو ان مشتري
الجارية وهب الجارية قبل ان يقبضها للعبد ولمولاه فقبلها الموهوب
له فان لم يكن على العبد دين كان نقضا له لانه اقالة لم يكن عليه فالهبة
له ولمولاه سواء وان كان عليه دين فان وهب للعبد كان نقضا له ولو
وهب للمولى وقبضها فالهبة جائزة ولا ينتقض البيع ويأخذ المأذون
له الغلام لان المولى ممنوع من مال المأذون اذا كان عليه دين رجل
اشترى من رجل عبدا على انه بالخيار ثم نقد الثمن ثم وهبه ناقضا وليس
العبد بحضرتهما وقبضه للمشتري جاز لان الهبة بعد الاقالة لما جازت
لان الاقالة فسخ في حق الكل كان اولى فان مات قبل ان يجدد
قبضا مات من الهبة ورجع على البائع بالثمن لان قبض المشتري ينوب عن
قبض الهبة فقد هلك بعد حصول القبض بالهبة وكذا في الرد بخيار
الرؤية والشرط لانه فسخ في حق الكل وكذا لو كان الخيار للبائع لانه
مضمون في يده بالقيمة وهذا القبض ينوب عن قبض الشراء فلان
ينوب عن قبض الهبة كان اولى رجل استودع رجلا عبدا ثم
وهبه منه جاز لان قبض الامانة ينوب عن قبض الامانة وكذا لو كان عارية
او بضاعة ولو ابق العبد من يد المودع ثم وهبه منه جاز وان لم يجدد
قبضا لان العبد في يده لانه لما ابق لم يزل عنه يده حكما لقيام يد اهل
الدار مقام يده لانه لم يخلفه يد اخرى والعبد لا يد له على نفسه الاترى
انه يبقى يد المودع بواسطة قيام يد المستودع حتى لو وهبه لسيد في حجره
يصح من غير تجديد القبض وينوب هذا القبض عن قبض الهبة ولو وهب
المالك العبد بعدما ابق لسيد في حجر المستودع وقبل له المستودع جازت
الهبة لان العبد في يده حكما لما ذكرنا وهذا القبض ينوب عن قبض الهبة

ولو وهب المالك العبد بعدما ابق لبشر من المستودع وقبل المستودع
جازت الهبة لان العبد في يده حكما لما ذكرنا وهذا القبض ينوب عن قبض
الهبة ولو غصب رجل العبد من المودع وادعى رقبته فوهب رب العبد
من المستودع فقبله لم يكن العبد له حتى يقبضه من الغاصب لان الهبة لا تعمل
بدون القبض ولا قبض من المودع لان يده قد زالت لانه اعرض على يده
بدعواه بخلاف الاباق لان يد الغاصب قاطعة ليد المالك لانه يحفظه لنفسه
بخلاف يد اهل الدار لانهم يحفظونه لمالكه عند عجزه والدليل على الفرق
انه لو وهب عبدا ابقا لابن له صغير جاز ونصير الاب قابضا له من ساعته
ولو غصبه رجل وادعى رقبته ثم وهب رب العبد لابن له صغير لم يجز فافترقا
والله اعلم

باب ما لا يقدر على رده

بالعيب من عيب حدث كان للمشتري وما يرده بالعيب وما يزاد في الثمن
ما يجوز من ذلك وما لا يجوز اصل الباب ما ذكرنا في الباب المتقدم ان الزيادة
في الثمن والمثمن انما تصح حال قيام المعقود عليه لا بعده ومعرفة ان المشتري
انما يملك رد المبيع بالعيب في محل قابل للتمليك اذ في الرد معنى التمليك
فانه ينتقل من ملكه الى ملك ولهذا يجب الاستبراء على المردود عليه فان كان
قابلا لحدوث الملك فيه لغيره يملك الرد والا فلا ومعرفة ان المبيع متى
تعذر رده على البائع لا بفعل وجد من المشتري كان له ان يرجع بنقصان العيب
اذا لم يتصل اليه بدل المبيع حقيقة او حكما لانه حينئذ يكون بمعنى الهالك ولو هلك في
يده كان له الرجوع بنقصان العيب لذلك هنا الا اذا رضي البائع ان ياخذه فلا يرجع
بالنقصان هذا اذا كان امتناع الرد لحق البائع مثل ان يحدث به عيب في يد المشتري
اما اذا كان امتناع الرد لحق الشرع بسبب الزيادة بفعله كالصبغ والخياطة او بفعل
غيره كما لو قطع يد المبيع واخذ الارش او وطئ الجارية المبيعة بالشبهة واخذ العقر
ورضي البائع بالرد عليه فانه لا يرد ويرجع بالنقصان لان امتناع الرد لحق الشرع لان
الارش والعقر لم يرد عليهما العقد فلا يرد عليهما الفسخ وكذا الصبغ والخياطة لم يرد
عليهما العقد ولا يتصور الفسخ في الثوب دون الصبغ لاستحالة نقل الملك في الثوب

دون صبغه ولا يمكن رد الثوب بعينه وصبغ الخياطة وفي فسخها ضرر
فيرجع بالنقصان لتعذر الرد من طريق الحكم اذا عرفنا هذا قال محمد
رحمه الله مسلم اشترى من مسلم عصيرا بمائة درهم وتقابضا ثم وجد به عيبا
فله ان يرده لقيام المبيع بحاله وليس له ان يرجع بنقصان العيب الا ان
يتراضيا به وانما كان له حق الرد لان مطلق العقد يقتضي السلامة فاذا
وجده معيبا فقد فات مقتضاه فيثبت له حق الرد والدليل على ان
مطلق العقد يقتضي السلامة النظر الى العرف بدلالة الحال والنص
وهو ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى مملوكا وكتب في عهدته هذا ما
اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من العداء بن خالد بن هوذة اشترى
منه عبدا او امة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وهذا يدل على
ان مطلق العقد يقتضي السلامة وعن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في المحفلة
ان رضيها امسكها وان سخطها ردها امر بالرد فلو تخمر العصير ثم وجد به عيبا
فانه يرجع بحصته من الثمن لانه تعذر رد المبيع من طريق الحكم لا بفعل المشتري
على وجه لم يتصل اليه بدل المبيع فاشبه الهلاك ثم طريق معرفة الرجوع بنقصان
العيب ان ينظر الى قيمة العصير يوم البيع ولا عيب به والى قيمته وبه العيب
فينظر كم ينتقص ان انتقص عشر القيمة يرجع بعشر الثمن وان انتقص خمس
القيمة يرجع بخمس الثمن وليس هذا في هذا الموضع بل في جميع العيوب كذلك
فان قال البائع انا اخذ الخمر وارد الثمن ليس له ذلك لان الرد ما امتنع لحقه
وانما امتنع لحق الشرع لان ملكه قديم وفي الرد يملك الخمر ويملكه قصدا والمسلم
ممنوع عنه حقا للشرع والرد تمليك في حق الثالث وان لم يرجع بنقصان
العيب حتى صار الخمر خلا يرجع بالنقصان ايضا لانه لا يمكنه الرد على الصفة
التي قبض وكان بمنزلة حدوث العيب في يده فاذا ابى البائع ان يقبل لا يجبر
على القبول فيرجع بنقصان العيب وللبائع ان ياخذه ويرد الثمن لان الرد ما امتنع
لحق الشرع لان الخل قابل للتمليك والتملك وانما امتنع لحقه فاذا رضي زال
المانع كما لو حدث عيب اخر في يده ولو قال المشتري لا اعطيك الخل وارجع

علمه بالنقصان هل له ذلك لم يذكره هنا وذكر في موضع آخر أنه ليس له ذلك
كما إذا قطع الثوب ولم يخطه حتى وجد به عيبا أو تعيب عنده بعيب ووجد به
عيبا قديما نصراني اشترى من نصراني خمرا وتقابضا ثم أسلما ثم وجد بالخمر
عيبا رجع بنقصانه وليس له أن يردها على البائع ولا أن يأخذ الخمر ويرد الثمن لما ذكرنا
أن الرد تمليك وتملك والمسلم ممنوع عنه ولأن في رد الخمر وأخذ الثمن إعزازها
والمسلم مأمور بإهانتها فلا يرد ولكن يرجع بالنقصان لامتناع الرد حقا للشرع
كما ذكرنا فإن لم يرجع بالعيب حتى صار خلا فله أن يرجع بالنقصان وللبائع أن
يأخذ ويرد الثمن لما قلنا في المسألة الأولى ولو زاد المشتري البائع في الثمن بعد ما صارت
الخمر خلا في المسلمين جميعا جازت الزيادة لأنه زاد في الثمن حال قيام المعقود عليه
حقيقة وحكما إلا أنه تغير وصف المعقود عليه لا أصله ولم يختلف سبب الملك
حتى يتبدل الملك ألا ترى أنه لو باعه بعد ما صار خلا جاز فكذا الزيادة ولو زاد حال
كونه خمرا لا يجوز لانعدام محلية العقد والفسخ وقت الزيادة فصار كالهلاك وكأنه
ولأنه لو جازت الزيادة تكون زيادة في ثمن الخمر فأشبه تمليك الخمر بالثمن ذمي اشترى
من ذمي خمرا على أن المشتري بالخيار وتقابضا ثم أسلم أحدهما فعندهما سقط خياره
لأن خيار المشتري لا يمنع دخول المبيع في ملكه عندهما فصار مالكا لها فلا يرد بعد
إسلامه وتم البيع وعند أبي حنيفة رحمه الله يبطل البيع لأن خيار المشتري يمنع دخول
المبيع في ملكه عنده فلم يكن مالكا لها فلو لم يبطل البيع تملكها عند سقوط الخيار
بحكم العقد بعد إسلامه وذلك لا يجوز ولو كان الخيار للبائع فأسلم هو أو أسلم
البائع كان البيع باطلا لأن الخمر على ملك البائع وبالإجازة ينقلها إلى ملك المشتري
والمسلم لا يجوز له نقل الملك في الخمر ولو لم يسلم البائع وأسلم المشتري لم يبطل
البيع لأنه إذا كان الخيار للبائع والبيع تم من جهة المشتري بدليل أنه لا يملك فسخه
وإنما يتوقف تمامه على فعل البائع والبائع ذمي فيصح نقله الملك في الخمر فيسقط
خياره ويصير المشتري كأنه ملكها قبل الإسلام حكما ولو لم يسلما ولكن أسلم الذي
له الخيار يبطل البيع لأن البيع لو كان باتا وأسلما بطل لأنه طرأ على العقد قبل القبض
ما يوجب تحريم ذلك العقد فإذا كان فيه خيار أولى في الكرخي وقال أبو يوسف رحمه الله

فيما اشترى عصيرا وقبضه والمشتري بالخيار فصار خمرا قبل مضي الثلاث
فقد لزمه البيع وعليه الثمن لأن هذا عيب حصل بالمبيع في مدة الخيار
فيسقط حق الفسخ ولو كان الخيار للبائع روي عن أبي يوسف رحمهما الله
أن البائع على خياره فإن سكت حتى مضى وقت الخيار جاز البيع قال
بشر رحمه الله ثم قال بعد ذلك قد انتقض البيع وعلى المشتري عصير مثل
العصير وجه قوله الأول أن الخيار إذا كان للبائع فحدوث العيب لا يبطل تغير
خياره ومن أصله أن تغير العصير لا يفسد البيع وإنما يجري مجرى العيب كما
لو اشترى المسلم عصيرا فتخمر قبل القبض بقي جائزا على حاله وجه الرواية الثانية
أن المبيع على ملكه وإنما ينتقل الملك فيه بالإجازة ولا يجوز للمسلم نقل الملك
في الخمر ولو كان الخيار للبائع فصار خمرا في يد المشتري فلم يختصما حتى صارت
خلا فالخيار للبائع إن يلزم البيع ورضي المشتري بذلك والمشهور عنهم
أنه لا يحتاج إلى رضى المشتري لأن تغير العصير إلى الخمر لم يبطل العقد على
الرواية الظاهرة فإذا صارت خلا جاز نقل الملك فيه على الرواية عن
أبي يوسف رحمه الله ويحتاج إلى رضى المشتري لأن العيب حدث بالمبيع في
ضمانه رجل اشترى عبدين بألف درهم قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر خمسمائة
وتقابضا فزادت قيمة الذي قيمته خمسمائة حتى بلغت ألفا ثم زاد المشتري
الثمن مائة درهم قسمت الزيادة على قيمة العبدين يوم العقد أثلاثا لأن الزيادة
تصير وصحتها بناء على العقد الأول فيعتبر وقت العقد على ما ذكرنا كما صار
كالفضولي إذا تصرف والمسألة بحالها ثم أجاز المالك فإن الثمن ينقسم عليهما
أثلاثا لذلك هنا فإن وجد بالذي زادت قيمته عيبا رده بثلثي الثمن وثلث
الزيادة لأن الزيادة لما التحقت بأصل العقد صار كأنه اشتراهما بألف ومائة
وقيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر خمسمائة ولو وجد بالآخر عيبا رده بثلث الثمن
وثلث الزيادة لما قلنا ولو لم يزد في الثمن شيئا ولم يرد ولكن قتل العبد حتى مات
أحدهما ثم زاد المشتري في الثمن خمسمائة صحت الزيادة في الحي وبطلت في الميت
وتقسيم أنه تنقسم الزيادة على قيمة العبدين يوم وقع البيع فإن كان أثلاثا

ثمنا ما

فان كانت قيمة الميت خمسمائة والحي قيمته الف بطل من الزيادة ثلثها وصح
ثلثها لانهما لو كانا حيين وصححنا الزيادة نقسم عليهما كذلك ولو كانا ميتين لا
تصح الزيادة اصلا فاذا كان احدهما حيا والاخر ميتا نعطي لكل واحد حكمه
نفسه وكان ينبغي ان تصح الزيادة على الحي ايضا بضمه الى الميت لان الزيادة تستند
الى وقت العقد فصار كما جمع بينهما في البيع واحد منهما مستند الزيادة في الثمن
بمعنى البيع حتى يشترط لصحتها مجلس البيع ما يشترط لابتداء البيع الا انا نقول
فساد البيع في الحي اذا ضمه الى الميت لاحد امرين اما لجهالة الثمن لانه يصير بائعا
بحصته من الثمن لو قسم عليه وعلى الميت ابتداء لان الميت ليس بداخل تحت
الايجاب او باعتبار الشرط الفاسد لانه جعل قبول العقد في الميت شرطا
في العقد وهذان المعنيان لا يتحققان في الزيادة لما ذكرنا ان الزيادة لا تستقر
على الحال بل تستند الى العقد ثم تنقسم فيومئذ كانا حيين فيكون الجهالة في
الحي بعد دخول الميت تحت الايجاب فيكون بمنزلة الجهالة في حالة البقاء فلا تضر
كما لو جمع بين قن ومدبر وكما لو اشترى عبدين ثم هلك احدهما قبل القبض والشرط
الفاسد لا يدخل فيه ايضا باعتبار طريق الاستناد انه كان يدخل في طريق
الاقتصار وكل مفسد يقتصر من وجه مستند من وجه فصار هذا امرا دائرا
في كونه شرطا فاسدا في العقد فلا يثبت الفساد بالشك فان قيل يجب
ان تصح الزيادة كلها بازاء الحي عند ابي حنيفة تصحيحا للتصرف كما لو تزوج
امراتين بالف درهم واحداهما لا تحل له كان الالف كلها بازاء من تحل تصحيحا
للتصرف قيل لو صرفناها كلها لشرعنا بالمذكور في الكتاب قولهما فانهم
قالوا لا يقابل الكل وهو الصحيح لان الزيادة تصرف يصح بناء على العقد لا
ابتداء فان البيع لا ينعقد بلفظ الزيادة وما يجوز بناء على العقد ابتداء يصح
في الحي بما يخصه من الثمن لا بجميع الثمن كالاقالة والاجارة اذا وجدت بعد هلاك احد
العبدين وهذا لان المحرمة ليست بداخلة تحت الايجاب اصلا فجاز ان لا يزاحم
القابل منهما بحكم الايجاب في الانقسام اما هنا المزاحمة مما يتحقق في الانقسام
لما ذكرنا ان الانقسام من حكم الزيادة في طرف الميت والايجاب كان فيها ولهما

يومئذ فاستقام الانقسام ثم تخرج الميت منهما بتسليط من الزيادة ولو لم
يمت احدهما ولكن المشتري اعتق احدهما او دبر او كاتب او باع او وهبها امتنع
صحة الزيادة على ما ذكرناه فهو كالموت لانه لم يبق محلية الزيادة لانعدام محلية
البيع فانه يعتبر شرط صحة الزيادة في الصرف ولو تبايع فلس بفلوس وزيادة
بعشرة دراهم وتقابضا ثم زاد في الثمن درهما وقبله الذي فسد العقد
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما الزيادة باطلة والعقد الاول صحيح وكذا لو شرط
بعد العقد الخيار لهما جاز او الاجل لا يفسد العقد عنده وعندهما يبطل الشرط
ويبقى العقد صحيحا وكذا في البيع لو اشترط فيه شرطا فاسدا بعد
العقد عنده يلتحق ذلك باصل العقد حتى يفسد وعندهما يبطل الشرط
ولو حط عنه درهما وقبل ويقبض بعد ما افترقا من مقام البيع لو قبله فسد البيع
عند ابي حنيفة رحمه الله العقد صحيح والحط بمنزلة الهبة المستدامة ولان يمتنع
منه ما لم يسلمه لهما ان الزيادة والشرط مع العقد ولا يجوز ان يكون التبع
في ثبوت مبطلا للاصل ولان في اثبات الزيادة والشرط ابطاله لان صحة ذلك بصحة
العقد فاذا استند ذلك على سبيل الالتحاق باصل العقد يبطل العقد وببطلان
العقد يبطل الزيادة والشرط فيكون مبطلا استقلاله ما لا يفيد وابو حنيفة
رحمه الله يقول المعنى الذي لاجله يلتحق الشرط الصحيح والزيادة باصل العقد
موجود هنا وذلك المعنى انهما قصدا تغيير وصف العقد بجعل الخاسر رابحا او
الرابح خاسرا والتصرف في هذا العقد اليهما الا ترى انهما يملكان فسخه وابقاءه
فلذلك يملكان تغيير وصفه لان وصفه التبع يملك بملك اصله وهذا المعنى موجود
هنا فانهما غيرا وصف العقد من الجواز الى الفساد واليهما ذلك وهو مع الاتفاق
بعد العقد يجعل كالمذكور في اصل العقد ولو ذكر في اصل العقد يفسد فان
فسد العقد فلذلك اذا ذكر بعده الا ترى الى اصل المصارفة لو استبدل
الصرف قبل القبض من صاحبه وقبل على انه ينعقد به العقد بالطريق الذي قلنا
فلذلك لو زاد في بدل الصرف ومحمد رحمهما الله فرق بين الحط والزيادة فقال في الحط
ابقاء العقد الاول مع تصحيح الحط ممكن بان يجعل ذلك هبة مبتدأة فيصار اليه

كما لو اشترى ثوبا بعشرة فحط عنه البائع الثمن كله قبل القبض او بعده فانه
يصح بطريق الهبة المبتداة ويجعل البيع صحيحا بخلاف الربا لانه لا يوصل الى
ذلك فيصير الى الغاء الزيادة وتصحيح العقد الاول لكن هذا ليس بصحيح فان
حط جميع الثمن يغير الحاصل باصل العقد لانه يخرج به العقد من ان يكون بيعا
ويصير هبة ولم يقصد المتعاقدان ذلك باصل البيع فلهذا جعلناه هبة وههنا
لو حط البعض على سبيل الالتحاق لم يخرج به العقد من ان يكون شراء كما باشراه
وانما يفسد به العقد والفاسد من جنس الجائز الاصلي لم يدخل الوكيل الا من بالفساد
والوكيل بالبيع لا او ... كان ضامنا فوضح الفرق ان الحط لاخراج البعض
من العقد او لادخال البعض فيه ولا انسان لا يقصد مغبونا بجميع الثمن فعرفنا
انه قصد بحط الجميع ابتداء الهبة فجعلناه هبة لذلك وهو يقصد مغبونا ببعض
الثمن في عقد الصرف كما يقصد مغبونا في عقد البيع فيكون الحط لادخال البعض
فيه فلهذا التحق باصل العقد الا انه يشترط قبول الغير ههنا بخلاف الحط في
سائر البيوع لان صحة هذا الحط افساد العقد والافساد لحقهما بالاقالة
وهناك في تصحيح اسقاط ذلك القدر من الثمن والاسقاط يتم بالمسقط
ولو اشترى ابريق فضة وثوبا بعشرين درهما وفي الابريق عشرة دراهم وتقابضا
ثم حط عنه درهما من ثمنهما فان نصف الحط في الثوب ونصفه في الابريق
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه سمى الحط فيهما فانه نص على ذلك بقوله حططت عنك
درهما من ثمنهما فيفسد العقد في الابريق لانه يكون في مقابلته اقل من وزنه
لكن هذا فساد طارئ فلا يتعدى الى الثوب بخلاف المقترن بالعقد وبخلاف
الاول فان الحط هناك لما ثبت على سبيل الالتحاق يظهر الفضل الخالي عن المقابلة
في الكل وانما يظهر الفضل الخالي عن المقابلة في الابريق دون الثوب ولو كان
المبيع سيفا محلى بمائة وحليته خمسون درهما فحط عنه درهما اجزت ذلك وجعلت
الحط على غير الفضة لان الحط يلتحق باصل العقد ويخرج المحطوط من ان يكون ثمنا
وكان البيع كان في الابتداء بتسعة وتسعين درهما بخلاف الاول لان الثوب مع
الابريق شيئان مختلفان وقد حط من ثمنهما والسيف مع الحلية كشيء واحد وقد جعل

الحط من ثمنه فلو جعلنا ذلك في حصة السيف خاصة لا يكون فيه تغيير
ما نص عليه المتصرف بخلاف ما اذا اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته
خمسون وتقابضا ثم باعه مرابحة بربح عشرة او بربح ده يازده او بربح ثوب
بعينه او بموصوف لم يجز لان الحلية حصة من الربح والخسران فيكون بمقابلتها
اكثر من وزنها من الفضة او اقل وذلك ربا ويفسد العقد في الحلية فيفسد في
السيف لان في جعل الربح بمقابلة السيف دون الحلية تغيير ما نص عليه
المتصرف رجل اشترى شاة فذبحها ثم زاد في الثمن جازت الزيادة ولو
ماتت ثم زاد لم يجز والفرق ان الشاة بعد الذبح قائمة بتسميته وصورة من كل
وجه ومعنى من وجه وبيان انها قائمة لان قيام الشيء بقيام صورته ومعناه وصورته
باعتبار التركيب الخاص وانه قائم واكثر منافعه بعد الذبح قائم ولهذا تبقى
الاسم ولهذا لم ينقطع حق المالك في الغصب فاذا كانت قائمة صورة وتسمية
من كل وجه ومعنى من كل وجه كان جانب القيام راجحا فاعتبار الراجح
اولى وكان المعقود عليه قائما فصحت الزيادة فاما بعد الموت فهلكت معنى من
كل وجه وان كانت قائمة اسما وصورة من كل وجه فيرجح جانب الهلاك ولانها
بعد الذبح محل للفسخ والبيع الا ترى انه لو وجد بها عيبا ورضي البائع بالعيب
كان له ذلك وكان الذبح بمنزلة حدوث العيب وانه لا يمنع صحة الزيادة
اما بالموت خرجت عن محلية البيع والفسخ فلا تصح الزيادة رجل اشترى
ثوبا فخاطه قميصا ثم زاده جازت الزيادة وكذا لو اشترى حديدا فجعله سيفا
لان الحديد والثوب قائم بتسميته وصورته من كل وجه ومعنى من كل وجه فكان
القيام راجحا وان كان ينقطع حق البائع في الفسوخ بالرد بالعيب فينقطع
حق المغصوب منه في الغصب لان صحة الزيادة تعتمد قيام المزيد عليه محلا
للبيع وانه قائم وامتناع الرد بالعيب ما كان لتبدل الاسم والحلية وانما كان
لعدم تصور الرد لان الخياطة لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وبعد
رد الاصل بدون هذا الوصف الا ترى ان المبيعة لو ولدت ثم زاد في الثمن يجوز
ولا يمكن ردها لمكان الولد وانما ينقطع حق المالك في الغصب لاحداث

منفعة متقومة ترجيحا لحق الغاصب على حق المغصوب منه لا لانعدامه وهذا
لأن حكم الزيادة أسهل من حكم الفسخ ألا ترى أنه يجوز الزيادة بعد الهلاك في البدل
الدراهم عند أبي حنيفة رحمه الله وبعد حدوث الزيادة ولا يجوز الفسخ بعد مضي
أمكن تصحيح الزيادة تصح وهنا أمكن لبقاء اسم الثوب والعين وكذا في الحديد
ألا ترى أنه لو قال بعت مثل الثوب الذي في هذا السفط أو الحديد الذي في
هذا الصندوق فإذا فيه ثوب مخيط أو سيف مضروب جاز ولو اشترى حنطة
فطحنها ثم زاد لم يجز الزيادة وكذا لو اشترى غزلا فنسجه ثوبا ثم زاد لأن الحنطة
والغزل عدما اسما وصورة ومعنى من كل وجه فكان بمنزلة الزوال ألا
ترى أنه لو قال بعت مثل الغزل الذي في هذا الجوالق أو الحنطة التي في هذا الجوالق
فإذا فيه دقيق أو ثوب لا يجوز العقد ولأن في الخياطة والسيف المبيع محل
للفسخ فإنه لو فتق الخياطة أو كسر السيف له أن يرد بالعيب برضى البائع بخلاف
الغزل والحنطة لأنه لا يتصور عودها إلى الحالة الأولى ولو غصب رجل
غزلا فنسجه لم يكن لصاحب الغزل على الثوب سبيل لأنه استهلكه من وجه وأحدث
فيه صنعة متقومة وبهذا يكفي لانقطاع حق المالك وكذا لو غصب فغزله ونسجه
أو قطنا فغزله ونسجه لأن الثوب غير الغزل صورة ومعنى أما الصورة فظاهر
ولهذا تبدل الاسم وأما المعنى والحكم فالقطن والغزل موزون يجري فيه الربا
والثوب مذروع ليس بمال الربا وبعد النسج لا يتصور إعادته إلى الحالة الأولى
والثابت المغايرة ثم ضرورة حدوث الثاني بعد انعدام الأول لاستحالة أن يكون
الثاني هو الأول فيثبت أن هذا حادث بعمل الغاصب فكان مملوكا له والأول
صار مستهلكا بعمله فصار ضامنا له أما القطن إذا غزله فالصحيح أنه ينقطع
حق المالك لما أشار في كتاب الدعوى ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول
في القطن غزل لأنه خيوط دقيقة يبدو ذلك لمن أمعن النظر فيه ويتحقق ذلك في
الإبريسم فالغزل أجزاء المجاورة منهما وليس بمركب ومؤلف وبإحداث
المجاورة لا يتبدل العين ولهذا أنه موزون يجري فيه الربا كما كان قبله بخلاف الغزل
لو نسجه ولو غصب شاة فذبحها كان لصاحبها الخيار لأنه استهلكها من وجه

لم يحدث فيها صنعة متقومة وبهذا لا يكفي لانقطاع ولا لامتناع الزيادة
فإن امتناع الزيادة يعتمد الهلاك من كل وجه إما حقيقة وإما تقديرا وانقطاع
حق المالك يعتمد الاستهلاك وإحداث صنعة متقومة وعلى هذا لو اشترى شاة
فذبحها وشواها ثم زاد في ثمنها شيئا لم يجز كما في الثوب لو خاط والحديد إذا
جعله سيفا وإن كان ينقطع حق المالك في الغصب هكذا ذكره الصدر الشهيد
رحمه الله ولو قطع لحمها أربا أربا ثم زاد قالوا لا يجوز لأنه صار مستهلكا
ولهذا زال الاسم وعلى قياس المسائل ينبغي أن لا يجوز لبقاء محله البيع والنسج له
بمنزلة العيب والنقصان ثم في ذبح الشاة المالك بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها
لأنه استهلاك من وجه لأنه تفوت به بعض ما كان مقصودا من النسل واللبن
وإن شاء أخذ المذبوح مسلوخا كان أو غير مسلوخ وضمنه النقصان وروى
الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله لا يضمنه شيئا لأن الذبح والسلخ في الشاة زيادة
ولهذا يلتزم بمقابلته العوض لكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح لأنه زيادة من
حيث التقرب إلى الانتفاع باللحم ولكنه نقصان من حيث فوات سائر الأغراض
من الحيوان والعلة سبب الحدثان وكان هذا والقطع في الثوب سواء يضمنه النقصان
لما بينا. وأما الدابة إذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فله أن يضمن الغاصب
قيمتها بخلاف ما لو كان المغصوب عبدا أو جارية فقطع منه يدا أو رجلا فإنه
يأخذه مع الأرش لأن الآدمي بقطع طرف منه لا يصير مستهلكا لبقائه صالحا
لعامة ما كان صالحا له من قبل والدابة تصير مستهلكة بقطع طرف منها فإنه
لا ينتفع بها بما هو المقصود من الحمل والركوب بعد القطع فلهذا كان
للمالك أن يتركها ويضمنه قيمتها ولذلك لو كان شاة أو جزورا فقطع
يدها أو رجلها وهو بمنزلة الذبح في الشاة والله أعلم **باب**
من البيوع والغصب في ضمان القيمة مما يجب قبله الملك الأصل في الباب
أن كل تصرف له مجيز حال وقوعه موقوف على إجازته وما لا مجيز له حال
وقوعه لا يتوقف وكل تصرف يصح الإذن به من المالك ابتداء يصح الإجازة
منه انتهاء لأن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء وقد ذكرنا هذا في

الا بالايمان والنكاح ثم العقد الموقوف اذا لحقته الاجازة ينفذ لمن توقف له
ان توقف للمجيز ينفذ له وان توقف للمباشر ينفذ له كالمولى اذا باع العبد
المرهون او المأذون المديون يتوقف على اجازة المرتهن والغرماء وعند
الاجازة ينفذ للمولى والعبد لو تزوج امرأة بغير اذن مولاه يتوقف على
اجازة المولى ولو اجاز ينفذ للعبد والفضولي اذا باع الغير يتوقف على اجازة
المالك ولو اجاز ينفذ للمالك لا له عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل غصب من
رجل عبدًا وآخر غصب منه جارية فتبايعا العبد بالجارية وتقابضا فاجاز
المولى ذلك لم يجز لان الاجازة لم تلاق عقدًا موقوفًا لان كل واحد منهما باع
ملك المغصوب منه بملكه رقبته ويصير ما يملك ينفذ له ونظيره الآخر انه
لو وكلهما في الابتداء بهذا البيع كان باطلا فكذا الاجازة ولو كان الغلام لرجل
والجارية لآخر والمسألة بحالها فاجاز المالكان لو اذنا لهما في الابتداء يجوز لانه
ينفذ فكذا اذا اجاز في الانتهاء لم يقع الملك في الغلام والجارية للغاصبين
فيصير الغلام لغاصب الجارية والجارية لغاصب الغلام ويجب على كل واحد منهما
قيمة ما غصب لان هذا عقد اشتمل على البيع والشراء لان في بيع المقايضة
كل واحد منهما مبيع من وجه ثمن من وجه ولهذا لا ينفسخ البيع بهلاك احدهما
قبل القبض ويصح الاقالة بعد هلاك احدهما والبيع يتوقف على الاجازة
والشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذًا على العاقد وقد وجد لانه حر مكلف
وكان الاصل وقوع تصرفه له لا لغيره الا عند التعذر ولما نفذ الشراء على
الغاصب صار قابضًا ما التزمه بالشراء من مال غيره فيتوقف القضاء على اجازة
المالك فجازت الاجازة في القضاء لانه موقوف الى الشراء لانه بانفاذ
قضاء كل واحد من الغاصبين مستقرضًا ما التزمه بالشراء ويصير المالك بالاجازة
مقرضًا فيصير كل واحد منهما للمالك ما اقرضه كما لو كان المغصوب دراهم واشترى
به الجارية ولو اجاز المالكان العقد والجارية ليسا من ذوات الامثال فيضمنان
القيمة فان قيل لما كان هذا البيع عقد بيع من وجه شراء من وجه كان كل
واحد منهما ثمنًا من وجه مثمنًا من وجه ثم حيث ان العقد ثم الاجارة ان كان شراء

الجارية ينفذ على الغاصب ويكون الجارية له ثم حيث ان العقد ثم كان
بيع العبد ويكون الجارية لمالك العبد وكذا في طرف الجارية فلم كان جعل
الجارية للغاصب اولى من جعلها للمالك قيل له انما صار الشراء اولى في العمل
من البيع لانا متى عملنا بالبيع يبطل العمل بالشراء من كل وجه لانه يصير الجارية
للمغصوب منه ولا يحصل للغاصب شيء منها ومتى عملنا بالشراء لا يبطل
العمل بالبيع اصلا في حقه لان الجارية تصير للغاصب بعوض يلزمه وهو قيمتها
والعمل بالبيع ان يزول العبد عن ملك المغصوب منه بعوض يحصل له وكان فيما
قلنا عملا بموجب الشراء من كل وجه وعملا بمعنى البيع وهو المعاوضة وكان
عملا بالشبهين وفيما قال عمل بالبيع وترك العمل بالشراء اصلا وكان ترجيح
جهة الشراء اولى ليكون عملا بالشبهين فان قيل العبد لو صار للغاصب
العبد بالقيمة من قبل ملكه حتى صار من قبل الغاصب للغاصب الثاني
اما ان يصير بالشراء او بالاقراض لا وجه الى الاول لان الشراء بالقيمة لا
يجوز ولا وجه الى الثاني لان اقراض الحيوان لا يجوز قيل له شراء العبد
بقيمته او اقراض الحيوان انما لا يجوز مقصودًا اما يجوز حكمًا لغيره وهنا
انما جاز حكمًا لغيره وهو نفاذ الشراء على الغاصب الا ترى انه لو تزوج امرأة
على عبد الغير واجاز المالك يجوز ويجب القيمة على الزوج ويصير العبد
للزوج بالقيمة اما بجهة البيع او بجهة الاقراض حكمًا لصحة النكاح ويثبت
الملك لها في المهر وكم من تصرف يصح ضمنًا لغيره وان كان لا يصح مقصودًا
كعزل الوكيل وكالمشروط له الخيار اذا اعتق العبد بغير حضرة صاحبه
لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي احدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله
ولو اعتق او باع انفسخ البيع ضمنًا لنفاذ البيع فان قيل تصحيح العقد ممكن
في المسألة الاولى ايضًا بهذا الطريق وهو ان يصير مقرضًا لكل واحد منهما
ما غصبه فيجوز البيع ويجب على كل واحد منهما قيمة ما غصب قيل له انما يحتمل
ذلك اذا كان الكلام في مخرجه صحيحًا وهنا الكلام في مخرجه صحيح ولهذا لو كان
بالاذن يجوز لانه مفيد واذا كان المالك واحدًا كان الكلام في مخرجه فاسدًا

لانه قابل لملكه بملكه فلا يجب تصحيحه فرق هنا بين الاذن في الابتداء وبين
الاجازة في الانتهاء فان المالكين لو اذنا لهما في الابتداء بالمفاوضة وفعلا كان
العبد لمالك الجارية والجارية لمالك العبد وهنا كل واحد منهما لمشتريه
والفرق ان العقد اذا صدر عن الاذن نفذ بنفسه ولا يتوقف فينفذ على
الامر لانه وجد نفاذا عليه اما هنا العقد صدر من غير اذن فينفذ فيما وجد
نفاذا او يتوقف فيما لم يجد وثمة لا يمكن القول بالتوقف لينفذ على الامر لوجود
الاذن منه ولا يمكن القول بالتوقف لينفذ على المباشر لانا لو قلنا بالنفاذ يكون
موافقا للامر ولو قلنا بالتوقف يكون مخالفا فينفذ على الامر ضرورة رجل
غصب من رجل له دينار واخر غصب منه الف درهم فتبايع الغاصبان
الدراهم بالدنانير وتقابضا وافترقا فبلغ المغصوب منه ذلك فاجاز جاز فالدنانير
لغاصب الدراهم والدراهم لغاصب الدنانير ويرجع المغصوب منه على كل
واحد منهما بمثل الذي غصبه فرق بين هذا وبين المسئلة الاولى والفرق ان ثمة البيع
يتعلق باعيانهما فاذا كان كل منهما لواحد رده وتصرفا لا ينفذ والبيع
في الدراهم والدنانير لا يتعلق باعيانهما بل بامثالها في الذمة ويثبت
ولهذا لو هلك الثمنان قبل لا ينفسخ العقد فاذا لم يكن للعقد تعلق بهما في
ابدانهما لا يكون العقد واردا على عين لمالك واحد فلا يكون الكلام
في تخريجه فاسدا فيتوقف قالوا وهذا يبطل ما يقوله الكرخي رحمه الله ان
البيع متى اضيف الى الدراهم يتعلق بعينها لانها لا تكون له ان يدفع غيرها
وهنا نص ان البيع لم يتعلق على الدراهم بعينها وعلى الدنانير بعينها ولو
نماها في البيع باعيانهما ثم يظهر ان كانت الاجازة بعد النقد ينفذ ويسقط
حقه عن المنقود ويضمن كل واحد منهما ما غصب لان الاجازة تنصرف الى
النقد فيصير كل واحد منهما مستقرضا ما غصب فيضمن مثله وان اجاز قبل
النقد ثم نقد بعد الاجازة لا تعمل الاجازة لان الاجازة لا تنصرف الى العقد
وانما تنصرف الى النقد ولم يوجد النقد واذا لم تعمل الاجازة فللمغصوب

منه ان يسترد ذلك ولا يسقط حقه عن العين لان الاجازة لم تؤثر وصار
وجودها كعدمها وكان له الخيار ان شاء ضمن الغاصب وتم العقد بينهما لانه ملك
المنقود وان شاء استرد فان استرد قبل التفرق لا يبطل العقد ويجب بدله
لانه لم يتعين فان نقد بدله في المجلس لا يبطل العقد وان افترقا قبل النقد
بطل وان كان بعد التفرق بطل الصرف لانتقاض القبض بالاستحقاق وكذا لو كان
قد هلك فضمنه قال في الكتاب والفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير فانه لا تتعين
بالتعيين عندهم جميعا الا عند ابي حنيفة وابي يوسف في مسئلة وهي ما اذا باع
فلسا بعينه بفلسين باعيانهما فانه لا تتعين ثمنا في هذه الحالة عندهما حتى
جاز البيع اما بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما لا يجوز لان الفلوس
الرائجة امثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة منها
فيكون احدهما فضلا خاليا عن العوض مشروطا في البيع وهو الربا بعينه ولو
باع فلسا بعينه بفلسين بغير اعيانهما لم يجز ايضا لانه لو جاز لامسك الفلس
المعين وطالبه بفلس اخر وسلم اليه الفلس المعين فيقبض ذلك منه بعينه مع
فلس لغير استحقاقه بل ليس في ذمته فيكون الفلس الاخر فضلا خاليا عن العوض
وكذا لو باع فلسين باعيانهما بفلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الفلسين
ثم دفع اليه احدهما مكان ما استوجب في ذمته فيبقى الاخر له بغير عوض اما اذا
باع فلسا بعينه بفلسين باعيانهما يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا يجوز
عند محمد رحمه الله وهذا ينبني على ان الفلوس لا تتعين بالتعيين ما دامت رائجة عند
محمد رحمه الله وعندهما تتعين لما قوبل بجنسه حتى لو هلك احدهما قبل القبض بطل
العقد عندهما وليس له ان يعطي غيرها لمحمد رحمه الله ان الفلوس الرائجة ثمن والاثمان
لا تتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير الا ترى انه لو قوبل بخلاف جنسها لا تتعين حتى
لو اشترى بفلوس معينة شيئا فهلكت لا يبطل العقد ويجوز العقد ويجوز الاستبدال
بها وكذا لو اشترى خبزا بفلوس معينة لم تتعين فكذا اذا قوبلت بجنسها
الا ما يتعين بالتعيين بالجنس وغير الجنس سواء كالمكيلات والموزونات وما لا يتعين
بالجنس وغير الجنس فيه سواء كالدراهم والدنانير اقصى ما في الباب انها من الاشياء

الخسيسة دون النفيسة وثمنيته باصطلاح الناس الا ان الاول لا يوجب
انعدام وصف الثمنية والثاني لا يبطل الا باصطلاح الكل كما لا يثبت الا باصطلاح
الكل والدليل عليه انه يعتبر العددية ولو بطل وصف الثمنية لما ثبتت العددية لانها
تبع الثمنية وبابطال وصف الثمنية مع بقاء العددية لا يقع الاحتراز عن الربا لانه بيع
الموزون بجنسه متفاضلا ولهما ان الفلوس عددي والعددي يتعين بالتعيين
فيجوز بيع الواحد بالاثنين كالجوز بالجوزتين والتمرة بالتمرتين وكيف ان صفة
الثمنية في الفلوس ليست بصفة لازمة ولا هو ثابت باصل الخلقة بل بتعارض اصطلاح
الناس والعاقدان قصدا تصحيح العقد ولا وجه لتصحيحه الا بان نعتبر الفلوس
وتخرج من ان تكون رائجة بما في ضمنهما فيجعل كانهما اعرضا عن ذلك الاصطلاح
وهذا الوصف صفة تثبت باصطلاحهم لا باصطلاح غيرهم لانه تثبت لمنفعته والولاية
لغيرهم عليه فيبطل ايضا باصطلاحهم ولهذا تروج في بعض الاوقات دون البعض
وفي بعض المواضع دون البعض بخلاف الذهب والفضة وبخلاف ما اذا قوبل
بخلاف الجنس لانه لا حاجة الى ابطال وصف الثمنية وبيان انه عددي لان العددي
ما يباع عددا باصطلاح الناس والفلوس كذلك فهما اصطلحا على الثمنية
والعددية في الفلوس وبهذه المبايعة اعرضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها وما اعرضا
عن اعتبار صفة العدد فيها وليس من ضرورة خروجها من ان تكون ثمنا في حقهما
خروجها من ان تكون عدديا كالجوز والبيض فهو عددي وليس بثمن فيما بعد فهما
نصبر بهذه الصفة لانه يصحح العقد فيه واذا ثبت الوصف فالجودة متفاوتة معتبرة
في العدديات فلا تظهر الفضل فلا يفسد العقد واما السلم في الفلوس عددا
عندهما يجوز لبطلان وصف الثمنية وكذا عند محمد رحمه الله فانه اطلق ولم يذكر
الخلاف لانهما لما اقدما على السلم والجواز للسلم بحال مانع بها وصف الثمنية
كان ذلك ابطالا لوصف الثمنية فيبطل بخلاف البيع لان اقدامهما على البيع لا يكون
ابطالا لوصف الثمنية لان بيع الاثمان جائز ومع بقاء وصف الثمنية لا يجوز بيع
الواحد بالاثنين وروى ابو الليث الخوارزمي عنه انه لا يجوز لانها ما دامت رائجة
فهي اثمان فلا يجوز السلم فيها كالذهب والفضة وبعد الكساد هي قطاع صفر موزونة

فلا يجوز السلم فيها عددا لكن ما ذكر في الكتاب اصح لما ذكرنا انهما
اعرضا عن صفة الثمنية وما اعرضا عن كونها عددية رجل غصب
من رجل الف دينار واشترى غاصب الدنانير الجارية من غاصبها بالدنانير
وتقابضا فاجاز المالك البيع وقد هلكت الدنانير في يد البائع للجارية قبل
الاجازة او بعدها جاز البيع واجازته في الجارية اجازة العقد وفي الدنانير
اجازة النقد ورجع المولى على غاصب الدنانير بمثلها ولا يرجع على غاصب
الجارية بشيء اما الجواز فلان الاجازة لاقت عقدا موقوفا لان البيع في
جانب الدنانير لا يتعلق بعينها بل يتعلق بمثلها فصار غاصب الدنانير مشتريا
الجارية لنفسه بدنانير موصوفة في ذمته ثم نقد من ماله وهذا عقد مفيد ولهذا
لو اذن له في هذا البيع بان قال بع جاريتك بهذه الدراهم يجوز لانه يكون
اذنا ببيعها بمثل المغصوب ومتى نفذ البيع نفذ القضاء في الدنانير اما لانه
كان البيع موقوفا على الاجازة فاذا نفذ البيع بالاجازة نفذ القضاء لانه من
حقوق البيع فاذا نفذ البيع نفذ القضاء في الدنانير او لانها في حق الجارية اجازة
العقد وفي حق الدنانير اجازة النقد وصار مقرضا له ما غصب منه فيرجع
عليه بمثله واما عدم الرجوع على غاصب الجارية بشيء وان غصب الجارية
بملك الثمن من يده لان الاجازة في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء فظهر انه
باع كان وكيلا بالبيع فبرئ عن ضمان الجارية وقبض الثمن بحكم الوكالة فيكون امانة
في يده فلا يضمن بمنزلة رجل غصب جارية وباعها من رجل بالف درهم و
تقابضا فهلكت الدراهم في يده ثم اجاز المالك البيع جاز وهلك الثمن من
مال الامر واجازة البيع اجازة للقبض هذا اذا كانت الاجازة بعد نقد الدنانير
ولو لم ينقد مشتري الدنانير التي غصبها حتى اجاز المالك البيع ثم بعد ما هلكت
في يد البائع قبل الجارية فالمالك بالخيار ان شاء رجع بمثلها على المشتري وان شاء على
البائع لان المشتري غاصبه والبائع غاصب الغاصب لانه قبض الدنانير التي في يد
المشتري بحكم الغصب بغير اذن المالك لان المالك باجازة البيع اذن له بقبض الثمن
وما قبض من الدنانير ليس بثمن وانما يصير قضاء عن الثمن باجازة المغصوب منه

ولم يوجد ولان الاجازة انما تلحق الموقوف وذلك بعد وجوده لا قبل وجوده
ولان اجازة المالك انما تعتبر فيما للعقد تعلق به ولا تعلق للعقد بهذه الدنانير
كما ذكرنا ان البيع تعلق بمثله لا بعينه فان ضمن المشتري لم يرجع على البائع
وبطل عنه الثمن وان ضمن البائع يرجع بمثلها على المشتري لانه لما اختار
تضمين المشتري فالمشتري ملك الدنانير من وقت الغصب وظهر انه حين نقد
كانت الدنانير ملكا له وظهر ان ما قبضه البائع كان ثمنا وانه هلك في يده وهو
وكيل بالبيع والثمن حتى هلك في يد الوكيل كان الهلاك على الموكل ويبطل
الثمن كذلك هنا ولا سبيل للبائع على المشتري لوصول الثمن اليه ومتى اختار تضمين
البائع فالدنانير التي قبضها البائع لم يسلم له وكان للبائع ان يرجع بذلك على
المشتري ومتى رجع واخذ سلم له ولا يكون لمولى الجارية فيها حق طعن عيسى
بن ابان رحمه الله وقال ينبغي ان يكون لمولى الجارية ان ياخذ ثمنها من البائع لان ما
قبض البائع من الدنانير من المشتري اول مرة لم يكن ثمنا لانه لما ضمن مولى الجارية
البائع والانعدم وكان الثمن هو الذي اخذه البائع من المشتري ثانيا وكان للمولى
ان ياخذ منه ولان قبض البائع انتقض وصار كانه لم يقبض شيئا وانما قبض من
المشتري ثانيا فهذا ابتداء قبض فيكون لصاحب الجارية لانه ما يقابله المشتري
الجارية وهذا لانها لم تصر مملوكة للمشتري بتضمين البائع فلم يكن البائع قابضا للثمن
فصار كانه لم يقبض فاخذه للمالك والجواب ان ما قبضه البائع اول مرة كان ثمنا
بعد تضمين مولى الجارية لانه لم يكن ملكا للمشتري حين قبضه البائع قبل تضمين
البائع فبتضمين البائع صار ملكا للمشتري من وقت الغصب فان قيل البائع
غاصب الغاصب لانه قبض لنفسه لا مودع الغاصب والغاصب الاول لا يملك
المضمون بتضمين غاصب الغاصب وان كان يملك الاول بتضمين مودع الغاصب
قيل له نعم لكن البائع هنا بمنزلة مودع الغاصب من حيث الحكم لان قرار الضمان
يكون على المشتري بما ضمن كمودع الغاصب والغاصب يملك المضمون بتضمين مودعه
فتبين انه ملك المضمون وهو ما نقد اولا الى البائع وعند الاجازة تبين ان ما
قبضه البائع هلك امانة لانه يصير بمنزلة الوكيل من الاصل في حقوق العقد فتبين

انه كان ثمنا لو اجاز بتضمينه من الابتداء وتبين لمالك قبضه بغير حق والذي
اخذه ثانيا ماله وهو من جنس حق البائع فياخذه بحقه فلهذا يسلم له وهو كرجل
وكل رجلا ببيع جاريته فباعها بمائة دينار ثم ان المشتري استقرض من البائع مائة
دينار ونقدها للوكيل فهلكت الدنانير في يده فانها تهلك امانة فاذا رجع
الوكيل على المشتري لاجل القرض كانت الدنانير للوكيل كذلك هنا والله اعلم

باب ـــــ من الاختلاف في المبايعة وراس المال

اصل الباب ان المتعاقدين اذا اختلفا في صفة العقد فالقول قول من شهد له الظاهر
لانه متمسك بنوع من دليل الصدق فكان قوله اقرب الى الصدق فكان
قبول قوله اولى الا ان يقيم الاخر البينة او يقول من تمسك بما هو الثابت
من الاصل او بما عرف ثبوته كان القول قوله ومن ادعى خلاف ما عرف
ثبوته كان عليه البينة لان الاول منكر زواله والقول قول المنكر والثاني مدعي
وعلى المدعي البينة بالنص وحرف اخر ان من باع شيئين مرابحة يقسم
الربح والثمن على قدر راس مالهما في البيع الاول لا على قدر قيمتهما وفي
البيع الثاني لان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة ولهذا لا يشترط ذكر الثمن في
البيع الثاني ويكتفي بقوله بعتك بربح درهم او بربح احد عشر ولو لم يكن
الثمن الاول من ذوات الامثال لا يجوز البيع ممن ليس في يده الثمن لعجزه عن تسليم
الثمن ولو كان في ملكه وباع بربح درهم يلزمه تسليم ذلك ودرهم ولو باع
بربح ده يازده لا يجوز لان الثمن لما كان في العقد الاول وغيره ولا يمكن معرفته
عشره الا بالقيمة وهي مجهولة ولو اشترى بالدراهم ونقد الدنانير فعلى المشتري
الثاني الدراهم وما شرط من الربح ولو اشترى ثوبا بعشرة زيوف وقال
ابيعك هذا الثوب بربح درهم لزمه عشرة زيوف ودرهم بنقد البلد لانه
جعل مثل راس المال فلا معتبر بنقد البلد وذكر الدراهم مطلقا في العقد
ينصرف الى نقد البلد وان نسب الربح الى راس المال فقال ابيعك بربح
ده يازده او بعشرة احد عشر فالربح من جنس الثمن لانه جعله جزءا منه فكان
على صفته فاذا كان الثمن الثاني مبنيا على الثمن الاول فاذا اشترى ثوبا بعشرة وثوبا

آخر ايضا بعشرة وقيمة احدهما عشرة وقيمة الآخر عشرون وباعهما
مرابحة على عشرة من ربح عشرة يقسم الثمن والربح على الثوبين نصفين
كانه قال بعتك كل ثوب بما كان رأس ماله وما يخصه من ربح عشرة وان اشتراهما
صفقة واحدة يقسم الثمن الثاني والربح على قدر القيمتين لان الثوب الاول
قسم لذلك اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى ثوبا بعشرة دراهم
قيمته عشرة فدفع اليه رجل ثوبا قد اشتراه بعشرة وقيمته عشرون
وأمره ان يبيعه مع ثوبه فباعهما المأمور بربح عشرة وقال للمشتري
قاما علي بعشرين وابيعهما بربح عشرة فاشتراهما على ذلك وتقابضا
ثم وجد المشتري بثوب الآمر عيبا فاراد رده فان تصادقا انهما قاما
عليه بعشرين في عقدين متفرقين يرده ويرجع عليه بخمسة عشر درهما
لان الثمن الثاني في المرابحة ينقسم على رأس المال ولا معتبر بالقيمة
وان اختلفا فقال البائع عن كل واحد منهما عشرة لان الآمر اشترى
ثوبه بصفقة واحدة بعشرة وانا اشتريت ثوبي بصفقة واحدة بعشرة
وانقسم الثمن في البيع الثاني عليهما نصفان بازاء كل ثوب خمسة عشر
عشرة رأس المال وخمسة ربح وقال المشتري بل الثوبان كلاهما اشتريتهما
صفقة واحدة بعشرين درهما وانقسم الثمن في البيع الثاني على قدر قيمتهما
فكان رأس مال الثوب الارفع ثلثة عشر درهما وثلث ورأس مال الثوب
الادنى ستة وثلثين وانقسم الثاني وذلك ثلاثون درهما عليهما اثلاثا
ثلثاه بازاء الارفع وذلك عشرون درهما وثلثه بازاء الادنى فلك عشرة
فانما اردّ عليك هذا الثوب بعشرين درهما ولا بينة لهما فالقول قول
المشتري مع يمينه على العلم بالله ما تعلم ان ثمنه في البيع نصفين كما يقوله
البائع لان المشتري متمسك بالاصل وهو انعدام حادث زائد وهو العقد
الثاني لان الاصل في الثمن المقابل بالشيئين الانقسام على قدر القيمة لانها
هي الاصل وانما يصار الى المسمى عند صحة التسمية فان تغيرا بما تغير
ضمانهما على ضمانهما فلذلك ويحتمل ان ضمانهما متساويين بان اشتراهما

الثمن صح

في صفقتين ويحتمل انهما متساويان بان اشتراهما صفقة واحدة فلا يتغير
حكم الاصل بالشك ولانه تكلم بكلام يدل على ان ضمانهما واحد حيث قال
انهما قاما علي بعشرين وقضية اتحاد الضمان في الاضافة ان ينقسم عليهما
على قدر قيمتهما فلذا ما يبتني عليه او ان لم يكن ظاهرا لكن كل واحد منهما
محتمل والعقد الواحد يقين والتعدد مشكوك فان حلف رده بثلثي الثمن لان
الناس يقولون جعل القول قوله مع اليمين كان ثابتا بالبينة وان نكل رده
بنصف الثمن خمسة عشر فان قيل لما جعل القول قول المشتري بناء على
الظاهر وانه لا يصلح حجة على الغير فلم يرجع الثمن قيل له يصلح اذا
تقوى باليمين وهنا نظير [illegible] الاترى ان المديون اذا ادعى القضاء او الابراء وانكر
رب الدين وحلف يرجع عليه بالدين والبائع اذا ادعى رضى المشتري
بالعيب فانكر يرد على البائع ويرجع عليه بالثمن فاذا رده بثلثي الثمن رجع
المأمور على الآمر بنصف الثمن وهو خمسة عشر ويكون الخمسة في ماله اذا دفع
المأمور الثمن الى الآمر لانه يزعم البائع ان الثمن بازاء المردود خمسة عشر
وان المشتري ظلمه فليس له ان يظلم غيره فيجب الزيادة في ماله والزيادة
انما وجبت عليه بتقصيره حيث لم يتكلم انهما قاما عليه بعقدين متفرقين
فان قيل لما كذبه القاضي في اقراره حيث قضى عليه بعشرين فيجب
ان يرجع على الآمر بعشرين كمشتري الدار اذا ادعى انه اشتراها بالف
واقام البائع البينة على الغير فانه يرجع على الشفيع بالغير قيل له ثمة
التكذيب ثبت ببينة هي حجة في حق الناس كافة وهنا القضاء بالتكذيب
بناء على الظاهر الذي هو حجة في دفعه لا في حق غيره هذا اذا لم يقم لاحدهما بينة
فان اقام احدهما بينة على ما ادعى يقضى ببينته لانه نور دعواه بالحجة وان
اقاما بينة فالبينة بينة المشتري ايضا لان بينته اكثر اثباتا لانها تثبت زيادة
خمسة في ثمن المردود وكانت بينته اولى كالبائع مع المشتري اذا اختلفا
في مقدار الثمن واقاما البينة كانت البينة بينة المشتري جعل القول قول
المشتري لمعنى وهو انه ينكر زيادة صفقة وزيادة تسمية وجعل البينة بينته

لمعنى آخر وهو انها تثبت الزيادة ومثله جائز كالمودع مع المودع اذا
اختلفا في رد الوديعة كان القول قول المودع لمعنى ولو اقام البينة
تقبل بينته لمعنى آخر فان تقبل بينة البائع هنا تثبت الزيادة وهو زيادة
الصفقة وزيادة التسمية فيكون اولى فتقبل له نعم لكن قصد البائع من اثبات
هذه الزيادة نفي زيادة خمسة من الثمن والتسمية ثبوت هذه الزيادة تبعا
والصفقة غير مقصودة لعينها بل لغيرها وكانت بينة البائع نافية وبينة المشتري
مثبتة والبينات شرعت للاثبات فان تقبل بينة المشتري لانه يدعي بل المدعي
البائع حيث يدعي شيئا بخلاف الظاهر وكان هو المحتاج الى البينة اما المشتري
لا يحتاج الى اثبات شيء بالبينة والبينات جعلت حجة للحاجة الى الاثبات قلنا
نعم الا انه انما يستقيم هذا الكلام ان لو بقي الظاهر الذي يشهد له بعد اقامة
البينة من البائع ولم يبق لان الظاهر مما ينعدم بالحجة واذا انعدم الظاهر مست
الحاجة الى اثبات ما يدعيه وهو اكثرهما اثباتا فكان قبولها اولى بخلاف الخارج
مع ذي اليد اذا اقاما البينة لان بينة الخارج لا تعدم الظاهر الذي باعتباره
جعل القول قول ذي اليد وهو اليد لانه امر حقيقي لا ينعدم بالبينة واذا بقي
الدليل لا يحتاج الى اثباته بالبينة فلا تقبل بينته هذا اذا وجد ثوب الآمر عيبا
فلو لم يجد ثوبه عيبا ولكنه وجد ثوب المأمور عيبا واختلفا على هذا الوجه
فان لم يكن لهما بينة فالقول قول المشتري لما قلنا فان حلف رده بثلث الثمن وبقي
في يد البائع خمسة يقربها للمشتري فيقال له ان شئت فصدقه وان شئت فدع
لان الاقرار ليس بلازم في حق المقر له ولا يصدق البائع بهذه الخمسة وان اقاما
البينة فالبينة بينة البائع ويقال للمشتري هذا اقر لك بخمسة فان شئت فخذها وان شئت
فدع جعل القول قول المشتري ونص على هذا اللفظ في الاصل وقال القول
قول المشتري ونص على هذا اللفظ في الاصل وقال القول قول المشتري وجعل
البينة بينة البائع لانها اكثرهما اثباتا قال نصر بن سلام البلخي رحمه الله وقال الاعمى
لا يجعل القول قول المشتري ولا تجعل البينة بينة البائع اما الاول فلان القول
انما يجعل قول احد المتنازعين اذا لم يقم لهما بينة اذا ادعى عن بينهما الدعوى والانكار

كما في المسألة اول الباب وهنا لم يتحقق لان المشتري يرد هذا الثوب الذي
قيمته عشرة ادعى على البائع عشرة والبائع يقر له بخمسة عشر فقد اقر له بما ادعى
وزيادة فلا يتحقق الدعوى والانكار واما الثاني فلان بينة البائع غير مقبولة
لانها لا تثبت حقا لنفسه قبل المشتري في الحال وانما تثبت في ثاني الحال اذا
وجد المشتري بالثوب الآخر عيبا فانه يرده ويرجع بخمسة عشر ان قبلت بينة
البائع وتلك المنازعة لم تقع بعد فلا تقبل البينة والجواب ان معنى ما قال
محمد رحمه الله ان القول قول المشتري يعني لو كان موضعا يتحقق فيهما الدعوى
والانكار لانه متمسك بما هو الاصل وهو عدم زيادة الصفقة وزيادة التسمية
ومعنى قول محمد رحمه الله ان البينة بينة البائع يعني لو كان موضعا للبينة فيتنازع
لانها تثبت زيادة صفقة وزيادة تسمية والدليل على صحة هذا التأويل انه لم
يغير الجواب بعد ما اقاما البينة بل بقي الجواب كما كان قبل اقامة البينة ولان
في قبول البينة فائدة وهو الاحتراز عن غرامة ثوب الآمر في الثاني حتى لو رد ثوب
الآمر عليه بعيب ويرجع هو على الآمر بخمسة عشر ويغرم من عنده خمسة على ما ذكرنا
فمتى كان في قبول بينته اثبات زيادة وفيه فائدة تقبل لان البينة كما تقبل لفائدة
متحققة تقبل لفائدة موهومة منتظرة كما لو مات المديون مفلسا فاقام رب
الدين البينة على الوارث او الوصي تقبل بينته ويقضى لان الحاجة الى اثبات
الدين لا الى استيفاء حتى لو ظهر لهما مال تمكن من استيفائه ثم قوله رد المشتري
هذا الثوب بثلث الثمن اذا لم يكن لهما بينة لان المشتري ادعى على البائع عشرة وهو
يقر له بخمسة عشر فقد تصادقا على عشرة ويقال للبائع اقر لك بخمسة
فان شئت فصدقه وخذها فتقبل كيف يجد المشتري الخمسة اذا اقر بها قال
البائع وقد كذب البائع في الاقرار بهذه الخمسة ومن اقر لغيره بمال وكذبه المقر له
ثم عاد الى تصديقه لم يكن له ان يأخذه منه الا بحكم اذا لم يكن المقر مصرا على
اقراره اما اذا كان فله ان يأخذه ويجعل كان انشاء الاقرار بعد التكذيب والبائع هنا
مصر على الاقرار وقوله لا يتصدق لان التصدق انما يحسن كما لو انها لقطة او انها ربح
ما لم يضمن ولم يوجد ذلك هنا وهذا لانه دين عوض خامسه فيجب الايصال اليه لا التصدق

فان كان المشتري هو الذي ادعى تعدد الصفقة وادعى البائع انه اشتراهما صفقة واحدة بعشرين على عكس المسألة الاولى واتفقا على ان البائع باع ماله ماما على بعشرين درهما فالقول قول البائع لما قلنا من العلة في جانب المشتري في المسألة الاولى ان وجد بثوب المامور عيبا رده بثلث الثمن لان المشتري يدعي عليه خمسة عشر والبائع يقر له بعشرة وكان القول قول البائع لانه ينكر زيادة خمسة وان اقاما البينة فالبينة بينة المشتري لانها تثبت زيادة خمسة زيادة صفقة وزيادة تسمية وان وجد بثوب الامر عيبا رده على البائع وياخذ منه خمسة عشر ويقال للمشتري قد اقر لك بثلثي الثمن يعني لك خمسة فان شئت فصدقه وخذ وان شئت فدع كما قلنا في المسألة الاولى فان اقاما البينة فلذلك الجواب يقال للمشتري قد اقر لك بثلثي الثمن وذلك عشرون لما ذكرنا ولم يذكر في هذا الفصل ان البينة بينة البائع لانها تثبت زيادة خمسة في الثمن المردود لانه لا يثبت بها حقا لنفسه ليس انه اراد بما ذكر في الفصل الاول ان البينة بينة البائع ما ذكرنا من التاويل والله اعلم

باب من الاستحقاق في البيع الذي يرجع بالثمن والذي لا يرجع

اصل الباب ان المبيع متى استحق على المشتري بالبينة لا من جهة المشتري بان وقع الاستحقاق على ملك البائع رجع المشتري بالثمن على البائع لان الملك لم يسلم له من جهة البائع فلا يسلم للبائع الثمن ايضا ومتى وقع على ملك المشتري مقصورا لا يرجع لانه لم يتبين انه لم يسلم له المبيع من قبل البائع وانما يعرف ذلك بان اعترض في العين بعد الشراء معنى يوجب ابطال الملك في الغصب اذا وجد من الغاصب واستحق بسببه الحادث فيعلم ضرورة ان الاستحقاق مقصور على هذا العارض ولا يتعدى الى ملك البائع لانعدام هذا الاسم في ملكه ولهذا لو استحق على الغاصب لا يبرأ عن الضمان لانعدام الاستحقاق فيما غصبه فلم يمنع سلامة الملك له من جهة المغصوب منه وان لم يعترض معنى يوجب ابطال الملك في الغصب

فيرجع على البائع لعدم سلامة المبيع له وفي الغصب يبرأ عن المغصوب منه ما ادى من الضمان او يسقط الضمان عنه ان لم يؤد لانه لم يهلك العين من جهته فلا يسلم له الضمان ومن الحجة ان الشهادة بمطلق الملك شهادة له بالملك من الاصل اذا امكن وان لم يمكن يجعل بملك حادث من جهة المدعى عليه لان مطلق الاسم ينصرف الى الكامل اذا ما امكن والملك الكامل ما يكون مملوكا له في الحال وفيما مضى واما الملك بسبب حادث من جهة غيره اذا اثبت لم يكن العين مملوكا له في الحال كان مملوكا لغيره فيما مضى وكان كالناقص بمقابلة الاول والمطلق ينصرف الى الكامل اذا ما امكن واذا لم يمكن يجعل شهادة بالملك الحادث من جهة المدعى عليه لانه يحتمل هذا فيحمل عليه حتى لا تبطل العمل بالشهادة وهذا لانه لو لم يجعل شهادة بالملك من الاصل عند الامكان يحتاج الى اثبات الزوال من ملك الاصل وانه حادث والى الثبوت له حادث والاصل عدمه اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى ثوبا بعشرة دراهم وقبضه فقطعه قميصا وخاطه فاستحق رجل القميص بان ادعى ان القميص قميصه واقام البينة وقضي له لم يرجع المشتري على البائع بالثمن لان المبيع استحق من يد المشتري بملك حادث من جهته لان الشهادة بالملك المطلق انما تكون شهادة بالملك من الاصل اذا امكن وههنا لا يمكن الا لو جعلناه كذلك لا يتمكن المدعي من اصله لان القطع والخياطة مما يقطع ملكه عن العين فيجعل هذا شهادة بالملك بسبب حادث من جهة المدعى عليه حادث بعد الشراء فلا يمنع سلامة المبيع له فلا يرجع وكذا لو اشترى حنطة فطحنها واستحق دقيقها لان الطحن سبب لقطع ملك المستحق لو كان ثابتا قبله فيعلم ان الاستحقاق بسبب حادث بعد الطحن وكذا لو غصب رجل ثوبا وقطعه قميصا وخاطه فاستحق رجل القميص يرجع المغصوب منه بقيمة الثوب على الغاصب لان هذا ايضا بملك حادث من جهة المدعى عليه فلا يظهر ان الغاصب لم يغصب ملك المغصوب منه وقد عجز عن الرد وكذا لو غصب حنطة فطحنها فاستحق

دقيقا رجع المغصوب منه على الغاصب بمثل حنطته لان الاستحقاق
بسبب حادث بعد الطحن اذ لو كان بسبب قبله لبطل بهذا العارض
ولو اشترى شاة فذبحها وشواها ثم استحقها رجل المشتري لا يرجع
المشتري على البائع بالثمن لان الشيء ينقطع حق المالك كالطحن ولو كان هذا في
الغصب لا يبطل حق المالك عن الضمان بما بينا وهذا بناء على مذهبنا ان الغاصب
اذا طحن الحنطة ينقطع حق المالك والدقيق للغاصب وعليه مثلها للمالك وسوى
هذا عن ابي يوسف رحمه الله روايتان احداهما ان حق المغصوب منه لا ينقطع
عن الدقيق على معنى انه يتمكن من اخذه ولكنه يباع ويشترى له به حنطة مثل
حنطته وان مات الغاصب فالمغصوب منه احق به من سائر الغرماء لانه ازال
ملكه وبدله بسبب لم يرض به ولو زال ملكه بسبب هو راض به كالبيع لا ينقطع
حقه اذا زال بلا بدل بغير رضاه بان نقض المشتري المبيع بغير اذن البائع فهنا
اولى ان لا ينقطع حقه والرواية الاخرى لم يملكه ان يزول به الخيار لرب ان ترك
الدقيق وضمنه حنطة مثل حنطته وان شاء اخذ الدقيق ولم يضمنه شيئا قال
استحسن ذلك واخالف فيه ابا حنيفة لاني استقبح ان يأتي مفلس الى كر
حنطة انسان فيطحنه ثم يهب الدقيق لابنه الصغير فلا يصل صاحب الحنطة
الى شيء وهذا قول الشافعي رحمه الله ايضا الا انه يأخذ الدقيق ويضمنه النقصان
ان كان لان على اصله يضمن النقصان مع اخذ العين في اموال الربا جائز وعند ابي
يوسف لا يجوز ذلك كما هو مذهبنا وعلى هذا الخلاف اذا بذر الحنطة حتى صارت
زرعا عندنا الخارج للغاصب وعنده للمالك وعلى هذا اذا غصب بيضة و
حضنها تحت الدجاجة حتى صارت فرخا وعلى هذا اذا غصب ثوبا وخاطه قميصا
وعلى هذا اذا غصب شاة او لحما فشواها له ان الدقيق عين نشأ او عين متفرع
من اصل مملوك له فيكون له كما قبل الطحن وكما اذا انبسه الريح والقمح في الطاحونة
وصار دقيقا وهذا لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في احداث ما لم يكن
وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب والذبح والسلخ والتأريب في الشاة
او ان كان متفرعا فهو متفرع من عين مملوك له فيكون له لان ملك الاصل علة لملك

المتفرع كالولد والثمر والدقيق جنس الحنطة ولهذا يجري الربا بينهما وانه
لا يجري الا باعتبار المجانسة وهذا لان الملك حكم حادث فلا بد له من سبب
حادث والحادث هنا الغصب والطحن وكل واحد منهما لا يصلح سببا لان
الغصب عدوان والملك نعمة فلا ينال بالعدوان ولان الملك مصلحة
والمصلحة مطلوبة شرعا والعدوان ممنوع عنه والممنوع لا يصلح سببا
لحكم مطلوب لان بينهما مناقضة ومنافاة واستدل محمد رحمه الله في املاء
الكيسانيات لابي حنيفة رحمه الله بالحديث الذي رواه ابو حنيفة رحمه الله عن
عاصم بن كليب الجرمي عن ابي بردة عن ابي موسى ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان في ضيافة رجل من الانصار فقدم اليه شاة مصلية فاخذ منها لقمة فجعل
يلوكها ولا يسيغها فقال عليه السلام انها تخبرني انها ذبحت بغير حق فقال
الانصاري كانت شاة اخي ولو كانت اعز منها لم ننفس بها عليه وسأرضيه
بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه السلام اطعموها الاسارى قال محمد رحمه الله يعني
المحبسين فامره بالتصدق بها بيان منه ان الغاصب قد ملكها لان مال الغير
يحفظ عليه عينه الى ان يمكن ومنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما
امر النبي صلى الله عليه وسلم بالتصدق بها دل انه ملكها والمعنى فيه ان
الدقيق غير الحنطة وهو غصب الحنطة فلا يلزمه رد الدقيق كما لو اتلف حنطة
لا يلزمه رد الدقيق وبيان المغايرة انهما غيران اسما وهيئة وحكما ومقصودا
ولذلك يتعذر اعادة الدقيق الى صفة الحنطة وتحقيقه ان الموجودات من المخلوقات
تعرف بصورتها ومعناها بتبدل الهيئة والاسم دليل على المغايرة صورة وتبدل
الحكم والمقصود دليل على المغايرة صورة وتبدل الحكم والمقصود دليل على المغايرة
معنى والتغيير الذي في وضع العلماء ليس الا هذا وبيان المغايرة انه لو اسلم
في الحنطة ليس له ان يأخذ الدقيق ولا يجوز بيع احدهما بالآخر كيلا وبيان المغايرة
في المقصود ان المقصود من الحنطة اتخاذ الهريسة والزراعة والقلي والتعدي
ليس بمقصود الا ان المقصود من العين ما يتأتى من العين حال قيامها والتغذي يقصد
من الدقيق والدقيق يتحدد الحنطة واذا ثبتت المغايرة ثم ضرورة ثبوت الباقي انعدام

لاستحالة ان يكون الشي الواحد شيئين واذا انعدم الاول بفعله صار
ضامنا مثله فيجعل الدقيق حادثا في ملكه فيكون مملوكا له او يجعل
حادثا بفعله وفعله سبب صالح لحكم الملك له لان الكسب علة الملك في
المكسوب ولكن بين الدقيق والحنطة شبهة المجانسة من حيث الصورة وهو
ان عمل الطحن صورة تفريق الاجزاء وامكن ان يجعل الحنطة دقيقا وباب الربا
مبني على الاحتياط فابقينا شبهة المجانسة من هذا الوجه يجري الربا بخلاف القطع
في الثوب والذبح محال ان ه فان بالقطع والذبح لا يفوت اسم العين ولهذا لو حلف
لا يجعلن من هذا الثوب قباء وسراويلا فجعله قباء ثم جعله سراويلا لا يحنث
ويسمى ثوبا في العرف ويقال شاة مذبوحة وشاة حية فيثبت مملوكة
لصاحبها ثم السلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل
يحقق ذلك فلا يكون دليل تبدل العين فلهذا كان لصاحبها ان ياخذها ولا
نسلم انه تفرع عن اصل مملوك له بل فرعيته وولديته عن اصل مملوك يكون
ملكا للفرع والمولد لانه ليس بخلاف ما اذا ثبت بها الذبح لانه لم يوجد الفعل
والكسب او يقول به ايضا الدقيق غير الحنطة فقضيته ان ينقطع حقه الا انه
لم يوجد فعل صالح يضاف اليه لعدم فعل الفساد وان الدقيق لو الحنطة كانت
مملوكة له وكان هو اولى به من سائر الناس وقوله الغصب عدوان قلنا من كل وجه
لا انا نسلم ولئن كان من نعلم لا يصلح سببا للملك ولانا لا نجعل الغصب سببا بل
نجعل الضمان سببا تحقيقا للتعادل او كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك
واحد الا ترى ان الاصطياد بقوس الغير سبب للملك والاحتشاش بالة مغصوبة
سبب للملك وان كان عدوانا والمعنى فيه هو ان المصلحة لا يصلح ان يكون ممنوعا
عنها اذا كان السبب متحدا اما اذا كانت الاسباب متعددة جاز ان يكون المحظور
سببا للمصلحة الا ان الاسباب اذا كانت متعددة اذا حصلها بسبب مشروع
حصلت الاحكام على وجه طلبت منها فيكون موافقا في الطريق والحكم واذا حصلها
بطريق محظور حصل الحكم ويكون عاصيا في الطريق موافقا في الحكم كما في الاصطياد
والاحتطاب بقوس الغير والصلاة في الارض المغصوبة والطلاق في حالة الحيض

والصلاة في الارض المغصوبة والطلاق في حالة الحيض والطهر الذي جامعها
فيه فانه يخرج عن عهدة الصلاة ويقع الطلاق وكان مخالفا في الطريق موافقا
في الحكم كذا هذا رجل اشترى شاة فذبحها وسلخها فادعى رجل انها
له وقضى القاضي له رجع على البائع بالثمن ولذا لو اقام البينة ان الجلد والراس
واللحم والاطراف ملكه واخذها فللمشتري ان يرجع على البائع بالثمن لانه استحق
المبيع من يده لا من جهته اما استحقاق المبيع فلان المبيع [illegible] وان [illegible] فانه بعد
الذبح والسلخ لما مر ان جانب القيام راجح ولهذا لو رد في الثمن يصح ولا ينقطع
حق المالك في الغصب واما الاقتصار من جهة المشتري لانه استحق من الاصل
لانه امكن لانه لم يحدث فيها ما ينقطع حقه عن ه المدعي ولو غصبها فذبحها فاقام
رجل البينة على ما وصفنا لم يكن للمغصوب منه ان يرجع على الغاصب لانه امكن
ان يجعل هذا قضاء بالملك من الاصل ويتبين انه لم يغصب ملكه وكذا لو اشترى
ثوبا فقطعه ولم يخطه فاستحقه رجل مقطوعا كله لانه استحق المبيع من يده
بالبينة لا بسبب حادث من جهة المشتري لما قلنا في الشاة بعد الذبح والسلخ
وكذا لو غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه فاستحق من يده برئ عن الضمان ولو اشترى
لحما فشواه فاستحقه رجل مشويا ليس له ان يرجع بالثمن لانه استحق بسبب
حادث من جهته لان القضاء بالملك من الاصل هنا غير ممكن لانه احدث فيه ما ينقطع
حقه وهو الصنعة المتقومة هذا اذا اقام البينة ان اللحم له وان هذا الثوب له
فاما اذا اقام البينة ان اللحم كان له قبل ان يشويه او كان الثوب له قبل ان
يخيطه او كانت الحنطة له قبل الطحن وضمن المستحق المشتري القيمة او المثل رجع
المشتري على البائع بالثمن لان القضاء هنا قضاء بالملك من الاصل لانه ممكن لانه الا باخذ
الغرم منه اما باخذ بدله فقد استحق بدل المبيع لا من جهته واستحقاق البدل كاستحقاق
الاصل ولذلك لو كان غاصبا في هذه الوجوه واقام المستحق البينة على هذا الوجه
وضمنه لم يضمن الغاصب المغصوب منه شيئا لانه استحقه من الاصل فتبين انه لم
يغصب مال المغصوب منه ولان الضمان ايجاب المغصوب منه ليملكه عليه وهو
يملك على المستحق باداء الضمان ايضا ه رجل اشترى شاة فذبحها فاستحق اخر

اللحم واستحق آخر الجلد وآخر الرأس وآخر الأطراف لم يرجع المشتري على البائع
بالثمن ويفرق بين ما إذا اشتراها أو إذا كان المدعي بهذه الأشياء واحدا والفرق أن المدعي
متى كان واحدا أمكن القضاء بالملك من الأصل لأن الواحد يجوز أن يستحق هذه
الأشياء من إنسان ومن جهته وقد ذكرنا أن الشهادة بالملك المطلق شهادة بالملك
من الأصل أما هنا المدعي غير واحد فلا يمكن ذلك لأنه لا يجوز أن يستحق كل واحد
منهم جزءا خاصا من الشاة ومن جهته ولذلك لو اشترى ثوبا فقطعه قميصا ولم
يخطه فأقام رجل البينة أن البدن له وأقام آخر أن الكمين له وأقام آخر أن الدخريص له
وقضي لهم ثم رجع المشتري على البائع بشيء ولو كان المدعي بهذه الأشياء واحدا رجع
والفرق ما ذكرنا أنه لا يجوز أن يستحق هذه الأشياء من الثوب قبل القطع فإنه لا يجوز
أن يكون طرفان من الثوب لواحد بعينه وطرف منه لآخر فكان الاستحقاق بعد القطع
استشهد محمد رحمه الله لهذا بما ذكره بعد هذا في أقضية الأقضية لو أن رجلا لو اشترى
شاة فذبحها وسلخها فأقام رجل البينة أن الرأس له وأقام آخر أن اللحم له وآخر أن
الجلد له وأقام الذي في يده البينة أن الشاة له ذبحها وسلخها فبينة ذي اليد أولى
ولو أقام رجل البينة أن اللحم والرأس والجلد له وأقام الذي في يده البينة أن الشاة
له ذبحها وسلخها فالبينة بينة المدعي لأن المدعي متى كان واحدا كان مدعيا
الملك مطلقا لأن الواحد يجوز أن يستحق هذه الأشياء من إنسان ومن جهته وكان هذا
خارجا ينازع مع ذي اليد في ملك مطلق وأقاما البينة فكانت بينة الخارج أولى
أما إذا كان المدعي غير واحد كان كل واحد منهم مثبتا الملك في المدعى بعد الذبح
وذو اليد أثبت ملكا مطلقا وأن جهته فصار كأنهم أرخوا جميعا وتاريخ
ذي اليد أسبق فكانت بينته أولى وكذا في الثوب وفي المبسوط في الدعوى شاة
مسلوخة في يد رجل وجلدها ورأسها وسقطها في يد آخر فأقام ذو اليد في الشاة
البينة أن الشاة والجلد والرأس والسقط له وأقام الذي في يده السقط البينة
على مثل ذلك فإنه يقضى لكل واحد منهما بما في يد صاحبه لأن كل واحد منهما بما في
يد صاحبه لأن كل واحد منهما أثبت فيما في يد صاحبه ملكا مطلقا بالبينة وبينة
الخارج في دعوى الملك المطلق ترجح ولو أقام كل واحد منهما البينة أن الشاة

نتجت عنده في ملكه فذبحها وسلخها وأن الجلد والرأس والسقط له يقضى
بالكل للذي الشاة في يده لأنه أثبت بينة النتاج في الشاة فاستحق القضاء
بها وبما تولد منها وهو رأسها وجلدها وسقطها فلهذا قضينا بالملك
لذي اليد ولو غصب دجاجة فباضت عنده فالبيضة لصاحبها كالولد لتولدها
من ملكه فإن باضت بيضتين فحضنت الدجاجة بنفسها على أحدهما فخرج منها فرخ
وحضنها الغاصب على الأخرى فخرج منها فرخ فالفرخ الأول للمغصوب منه
مع الدجاجة والفرخ الآخر للغاصب لأن ما حصل بفعله يصير مملوكا له وما حصل
بفعل الدجاجة بنفسها لا صنع للغاصب فيه فلا يملكه فيكون لمالك الأصل كما قلنا
فيمن غصب حنطة وزرعها كان الزرع له ولو هبت الريح بالحنطة فجعلتها مزروعة
في الأرض كان لصاحب الحنطة لأن ثمة الحكم على فعل الريح غير ممكن فجعل مملوكا
لصاحب الأصل ولأن ما حضنها الغاصب صار مستهلكا بفعله فيكون ضامنا للمثل
ويصير مملوكا له بالضمان فأما ما تولد الفرخ من ملكه فأما ما حضنت الدجاجة بنفسها
لم يصر مضمونا على الغاصب فلا يملكها فبقي ذلك الفرخ ملكا لصاحب الأصل والله أعلم

باب ______ من بعض البيع الذي يكون من الوصي بعد
الموت وعلى الميت دين وما يكون من الميت في مرضه ٥ أصل الباب أن المريض
مرض الموت أو وصيه لا يملك إيثار بعض الغرماء على البعض لما فيه من إبطال حق
الباقين لأن حق الكل تعلق بماله بأول مرضه على السواء لعدم الأولوية إلا أن فعل
الوصي لا يصح أصلا لأن تصرفه صادف محلا مشغولا بحق الغير ويصير ضامنا وفعل
المريض يصح في الحال لعدم علمنا بالشغل وقت التصرف فيصح لقيام المطلق وهو
الملك ثم إذا ما ظهر أن تصرفه صادف حقهم ينتقض إن كان التصرف محتملا للنقض
وقد ذكرنا في الإقرار وبيعه كان البيع لأن فيه إبطال حق الغرماء عن الصورة لا عن المعنى
ومعنى حقهم لا يتعلق بالصورة لأن حقهم في استيفاء ديونهم وذلك إنما يحصل بالمعنى
ويجوز إحرازه بالرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء والإقالة فسخ في حقهما بيع جديد
في حق الثالث على ما ذكرنا والرد بقضاء القاضي فسخ في حق الكل لأن ولايته عامة
فيظهر في حق الكل ولأنه لا يملك البيع بخلاف المتعاقدين لو ادعوا فيما هذا قال محمد رحمه الله

رجل اشترى عبدا بالف درهم وقبضه ولم ينقد الثمن ولا مال له الا العبد
وعليه الف درهم دين سوى ثمن العبد واوصى الى رجل ثم مات فان كان المشتري
قبضه بغير اذن البائع فهو احق به من سائر الغرماء ولهذا كان له ولاية الاسترداد
منه في حال حياته فكذا بعد وفاته وهذا لان للبائع من حبس المبيع لاستيفاء
الثمن حق متأكد لا يتمكن المشتري من ابطاله ولهذا يسري الى الولد والقيمة
الا ان حق البائع كان في ملك الرقبة وملك اليد فبالبيع اسقط ملكه عن الرقبة
فبقي حقه في اليد وهو كالراهن اذا اخذ المرهون بغير اذن المرتهن كان
للمرتهن ان ياخذه حتى لو مات والعين في يد الراهن يسترده ويكون هو
احق به وبثمنه من سائر الغرماء وان كان قبضه باذنه لا يكون البائع احق به ويباع
ويقسم ثمنه بين الغرماء البائع احدهم وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله اذا
افلس المشتري فللبائع ان يفسخ البيع وهو احق بالمبيع ان كان سلمه بفسخ
العقد ويعيده الى ملكه لحديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال ايما رجل افلس بالثمن فوجد رجل متاعه عنده بعينه فهو احق به والمعنى
فيه ان البيع عقد معاوضة مطلقة يقتضي التسوية بين المتعاقدين ثم لو تعذر
على المشتري قبض المبيع بالاباق يثبت للمشتري حق الفسخ فكذا اذا تعذر على ١
البائع قبض الثمن بالافلاس وكما ان المالية في الآبق كالتاوي حكما فكذلك
الدين في ذمة المفلس كالتاوي حكما لانه لا طريق للوصول اليه ولا فرق
بين المبيع والثمن الا من حيث ان الثمن دين والمبيع عين وكما ان تعذر القبض في
العين يثبت حق الفسخ فكذلك تعذر القبض في الدين الا ترى ان المسلم فيه دين
واذا تعذر قبضه بانقطاعه يثبت لرب السلم حق الفسخ فكذلك الثمن ولا فرق بينهما
سوى ان الثمن معقود به والمسلم فيه معقود عليه ويكون حق الفسخ يثبت بتعذر
قبض المعقود به كما يثبت بتعذر قبض المعقود عليه الا ترى ان المكاتب اذا عجز
عن اداء بدل الكتابة يتمكن المولى من فسخ الكتابة وبدل الكتابة معقود به كما ان الثمن
معقود به والدليل عليه ان هلاك الثمن قبل القبض يوجب انفساخ العقد كهلاك
المبيع فانه لو اشترى بفلوس شيئا فكسدت قبل القبض بطل العقد لان الثمن فلوس

رائجة فاذا كسدت فقد هلك الثمن وما ينتقض العقد بهلاكه اذا تعذر قبضه
يثبت للعاقد حق الفسخ كالمبيع وحجتنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى
ميسرة والمشتري حين افلس فقد استحق النظرة شرعا ولو اجله البائع لم يكن له
ان يفسخ العقد قبل مضي الاجل فاذا صار منظرا بانظار الله تعالى اولى ان لا يتمكن
البائع من الفسخ واما الحديث فقد ذكره الجصاص باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال ايما رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه فهو ماله من غرمائه او مات فهو
اسوة غرمائه فيه وتاويل الرواية الاخرى ان المشتري كان قبضه بغير اذن البائع او
مع شرط الخيار للبائع وبه نقول والمعنى فيه انه لم يتعذر على البائع شرط عقده
فلا يتمكن من الفسخ كما لو كان المشتري مليا وبيانه ان موجب العقد ملك الثمن فان
الثمن يجب بالعقد ويملكه بالعقد دينا في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة
بعد الافلاس على ما كانت قبله محلا صالحا لوجوب الدين فيه فاما حق الاستيفاء
ثابت للبائع بسبب ملكه لا بحكم العقد الا ترى انه يجوز اسقاطه بالابراء وبالاستبدال
وقبض البدل لو صار مستحقا بالعقد لا يجوز اسقاطه بالاستبدال كما في المبيع
عينا كان او دينا فعرفنا ان حق قبض الثمن بحكم الملك لا ان يكون موجب العقد
فتعذره لا يعدم شرط العقد والدليل عليه ان قدرة المشتري على تسليم
الثمن عند العقد ليس بشرط لجواز العقد فلو كان تسليمه يستحق بالعقد لكانت
القدرة على تسليمه شرط الجواز كما في جانب المبيع فانه اذا كان عينا لا يجوز العقد
الا ان يكون مقدور التسليم وان كان دينا كالسلم لا يجوز الا على وجه يثبت
القدرة على تسليمه للعاقد وهو الاجل ويجوز الشراء بالدراهم حالا وان لم يكن
في ملكه عرفنا ان وجوب تسليم الثمن ليس من حكم العقد وبهذا الحرف يستدل
في المسألة ابتداء فان العجز عن تسليم اذا طرى بالافلاس لا يكون اقوى من العجز
عن تسليمه اذا اقترن بالعقد والمفلس لو اشترى شيئا والبائع يعلم انه مفلس
صح العقد ولزم فالافلاس الطارئ لان لا يرفع صفة اللزوم اولى بخلاف
المبيع فان ابتداء العقد مع العجز عن التسليم لاباق العبد لا يجوز وان رضي به
المشتري فلذلك اذا طرى العجز يثبت للمشتري حق الفسخ فان قيل كيف يستقيم هذا

وعند لكن اول التسليمين على المشتري ولو لم يكن تسليم الثمن مستحقا بالعقد
لم يباشر حقه في قبض المبيع الى ان يؤدي الثمن قلنا وجوب اول التسليمين
عليه لتحقيق معنى التسوية بينهما لا لان ذلك يوجب العقد على ما عرف ان عقد
التمليك يقتضي التسوية بين المتعاقدين في الملك وقد حصل الملك لكل واحد
منهما بالعقد الا ان الملك في العين اكمل منه في الدين فعلى المشتري تسليم الثمن
اولا ليستوي به ملك البائع وكان ذلك من حكم الملك الا ان يكون موجب العقد وليس تسليما
انه من حكم العقد الا اقتضا التسوية ولكن بهذا المعنى بعد العلم بتسليم البائع المبيع
طوعا فهو كما لو انعدم بالتاجيل في الثمن فلا يبقى له بعد ذلك حق الفسخ وان تعذر عليه
استيفا الثمن وهذا بخلاف الفلوس اذا كسدت لانه تعذر هناك موجب العقد فموجب
العقد ملك فلوس هي ثمن بعد الكساد لا يبقى له في ذمة المشتري فلوس هي ثمن
الصفة اما بعد الافلاس فمعنى الثمن في ذمته مملوك للبائع كما استحقه بالعقد وبخلاف
الكتابة لان بعجزه تعذر موجب العقد فموجب العقد ملك المولى بدل الكتابة عند
حلول الاجل ولا يملكه الا بالقبض لان المكاتب عبد له والمولى لا يستوجب دينا
في ذمة عبده ولهذا لو كفل له انسان ببدل الكتابة لم تصح ولذلك كان للمكاتب ان يعجز نفسه
وان لم يكن ذلك دينا حقيقة قلنا الملك للمولى انما يثبت بالقبض فاذا عجز عن الاداء
فقد تعذر ما هو شرط العقد وموجبه فلهذا يمكن من فسخ العقد وهنا بالافلاس
لا يتعذر ملك البائع في الثمن فانه مملوك دينا في ذمة المشتري والاب لم يلزم الدين بحجة
المفلس فلو تلف (؟) مال المديون لو كان مقرا بالدين فهو مال حقيقة وحكما مفلسا كان
او مليا ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله تجب على صاحب الدين الزكاة لما مضى اذا قبضه
فاذا لم يتعذر موجب العقد لا يتمكن من فسخ العقد فلو وجد الوصي بالعبد عيبا فله
ان يرده لانه قائم مقام الموصي فلو رده وقبله البائع بغير قضا قاض جاز لانه لو باعه جاز
فكذا اذا رده وحق الغريم الآخر انما يتعلق بالعين باعتبار المالية والرد لا يفوت المالية فلو حضر
الغريم الآخر فليس له ان ينقض ما صنع الوصي ويرجع الوصي على البائع بنصف الثمن
فيدفعه الى الغريم الآخر لانه البعض لان الرد تبرا (؟) منهما بعد القبض ان كان
فسخا في حقهما فهو بيع جديد في حق الثالث والغريم ثالث وليس للغريم نقض

بيع الوصي لانه ليس فيه ابطال حق الغريم واما رجوع الوصي على البائع بنصف الثمن
لانا جعلنا هذا الرد من الوصي في حق الغريم بيعا ولو باع كان الجواب كذلك
لانه لم يصر جميع الثمن قصاصا بما للبائع على الميت لانه لو صار قصاصا صار
الوصي مؤثرا لبعض غرماء الميت على البعض في قضاء الدين لانه صاحب اخر
الدين وصاحب اخر الدين يكون قاصا وليس للوصي هذه الولاية فلو اراد
الغريم ان يصير الوصي صفقه العبد باعتبار انه بالرد صار قاصا دين البائع
بالمقاصة فصار مؤثرا له على غيره ليس له ذلك لان من حجة الوصي ان يقول ليس
غرضي الايثار بل غرضي احيا حق الميت واما وقعت المقاصة حكما لا بصنعي
فلا اضمن فرق بين هذا وبينما اذا باع الوصي بالف درهم وقبض منه الالف ودفع
الى البائع بدينه ثم جاء الغريم الآخر كان له الخيار ان شاء ضمن الوصي نصف ما
دفع اليه وان شاء شارك القابض فيما قبض والفرق ان الوصي لما قبض الثمن
من المشتري فقد تعلق حق كل واحد من الغريمين بالثمن المقبوض فاذا دفع الالف
كله الى البائع فقد دفع نصف حق الغريم الآخر الى البائع بغير قضا والحق في الجانب
الضمان بمنزلة الحقيقة اما هنا بالرد وان دفع نصف العبد الذي يتعلق به حق الغريم
الآخر الى البائع الا انه دفع بحكم البيع وتسليم حق الآخر الى غيره بحكم البيع لا يوجب
الضمان على الوصي كما لو باع من اجنبي وهذا لان البيع وسيلة الى ايفا حقه فلا
يصلح سببا للضمان بخلاف دفع الثمن فانه لو اوصى لجبلة للوصي اذا اراد قضا الدين
الواقع على الميت وخاف ظهور دين آخر فالسبيل ان يبيع شيئا من العروض
بما عليه من الدين حتى لو ظهر دين آخر لا يصير ضامنا وقيل لو باع شيئا من جنس
الدين عند الغريم ثم يأمر الورثة ويقول للورثة خاصموه ايهم في استرداده ولكذا
اذا علم الوصي بالدين على الميت وابنه للغريم واذا ثبت هذا في الرد بالعيب فكذا
في الاقالة من الوصي لان الاقالة من الوصي جائز وهي جائز وهي بيع جديد في
حق الغريم الآخر صار كالرد بالعيب ولا يخير البائع في بعض الاقالة لتغير شرط
عقده وهو المعاوضة لان المقاصة ثبتت حكما لصلحي في البياعات بل الحكم الاصلي
هو قضا الثمن فلا يسقط به الثمن بطريق المقاصة الا بعد ربما تفوقه والحاصل

(العدم)

بعضه ولم يتعين هذا هنا أو إن تعين لكنه لما لم يكن أمرا أصليا فتغييره لا يوجب
الخيار ولو لم يقبل المالك البائع وخاصم الوصي البائع إلى القاضي وعلم القاضي
بدين آخر لم يرده القاضي عليه ولكن يبيعه ويقسم الثمن بين البائع والغرما على
قدر حقوقهم لأن الرد بالنقصان فسخ في حق الكل إلا أنه إنما أمكن جعله بيعا في حق الثالث
لأن الرد حصل بغير رضاهما وإذا كان فسخا يعود إلى ملك البائع في المستقبل
فصار كأنه لم يبع ولهذا لا يتجدد به حق الشفعة ولو لم يبع لم يتعلق حق الغريم الآخر
بالعبد فيؤدي إلى إبطال حقه ولا يرجع الوصي على البائع بالنقصان لامتناع
الرد لمعنى من جهة المشتري وهو قيام الدين عليه فيمتنع الرجوع بالنقصان كما لو باعه
ولأنه لا يضمن النقصان إلا إذا امتنع من القبول وهو لم يمتنع أقصى ما في الباب أنه
عجز عن الرد لإبطال حق الميت في نقصان العيب إلا أن هذا أولى لأنه أقل ضررا لأنه
متى لم يرد باع فيحصل لكل واحد من الغريمين نصف الثمن وفي هذا منفعة
للميت أيضا فلم يبطل حق أحد أصلا ولو رد يبطل حق الآخر في دينه أصلا فكان
هذا أقل ضررا هذا إذا علم القاضي بالدين الآخر أما إذا لم يعلم يرد القاضي
العبد على البائع بالعيب ويبطل الثمن الذي له على الميت لأن الموجب للرد قائم وهو
العيب ودين آخر عنده غير ظاهر وإنه موهوم فلا يجوز تأخير حق ظاهر لأمر موهوم
كما في قسمة الميراث بين الورثة والتركة بين الغرما ولأنه لو لم يرد لوهم الدين لا يقضى
دين غريم آخر أيضا لوهم غريم آخر فيؤدي إلى أن لا يقضى دين المتوفى أصلا ثم إذا رد
وحضر غريم آخر وأقام البينة على دينه لا ينقض الرد لأن فعله قضاء والقضاء متى
أمكن تنفيذه نفذ وقد أمكن بأن يجعل كأنه بيع منه وللقاضي ولاية البيع لقضاء الدين
ويأمر البائع بدفع نصف الثمن إلى الغريم الآخر لما ذكرنا أنه صار موفيا لدينه بالمقاصة
وهو والغريم الآخر سواء إلا أنه لا يجبر على ذلك فيتخير البائع إن شاء أعطى الغريم نصف
الثمن وإن شاء نقض الرد فبيع له لأنه لما ظهر دين آخر تعذر تصحيح هذا الرد من القاضي
بحكم الفسخ لما فيه من إبطال حق الغريم الآخر فيجعل بيعا لما ذكرنا وقد وجد فيه معنى البيع
وهو التمليك والتملك إلا أن البائع مضطر لأنه حصل بغير رضاه وكان بمنزلة المكره
على هذا الشراء فكان له الخيار بخلاف ما إذا كان بالتراضي على ما ذكرنا ولأن القاضي إنما

الزمه

ألزمه الرد على تقدير أن لا يلزمه غرامة فإذا لزمه له أن لا يرضى كالمريض
لو باع بالمحاباة أو أقر باستيفاء الثمن ولم يجز الورثة أو لم يصدقوه في
الإقرار بالاستيفاء فإنه يخير المشتري لأنه إنما رضي على تقدير أن لا يلزمه
غرم فإذا لزمه له أن لا يرضى بخلاف ما إذا كان الرد من الوصي بالتراضي لأن
ذلك وقع بيعا وليس الحكم الأصلي في البيع سقوط الدين ولأن ثمة
رضي بنقض المقاصة لظهور الدين وهنا لم يكن الدين ظاهرا فلم يكن
راضيا ولو مات العبد في يد البائع وقيمته أقل من الثمن الأول أو أكثر مما
يتغابن الناس فيه أو مثل الثمن الأول ثم حضر الغريم وأقام البينة على دينه
أخذ نصف الثمن من البائع والخيار للبائع لأنه حدث في العبد ما يمنع
الفسخ والثابت له مجرد خيار فيسقط بمنزلة خيار الرؤية والشرط
ولزمه الثمن وهو العبد كما لو استرد منه شيئا وهو مكره ثم مات العبد في يده بطل
الخيار بخلاف خيار العيب لأن ثم احتبس عند البائع شيء فجاز له أن
يرجع بقيمة ما احتبس عنده ولهذا يجوز الصلح عن العيب على بدل ولا
يجوز عن خيار الرؤية وغيره ولو صالح عن العيب على دار وجبت الشفعة
فعلم أنه مقابل بمال فإنه قال أغرم نصف قيمته لم يكن له ذلك لأنه أخذه
على وجه الفسخ والفسخ يدور على ما دار عليه العقد وحق الميت في
ثمن العبد لأنه بمنزلة البيع بمثل الثمن الأول فإن قيل ينبغي أن لا يكون
له ذلك لما ذكرتم أنه بمنزلة المكره على الشراء والمكره على الشراء إذا
هلك المبيع في يده كان عليه قيمته قيل له إنه مكره من وجه طائع من وجه
مكره من حيث إن الرد كان بغير رضاه طائع من حيث إن سبب الرد كان من
جهته وهو تدليسه العيب مع علمه أن المشتري لو اطلع عليه يرده فيجب
العمل بهما بحالين فعملنا بجهة الإكراه ما دام العبد قائما حتى أثبتنا له
حق الفسخ وبجهة الطواعية إذا حدث في المبيع ما يمنع الفسخ عملا بالدليلين
وإنما يصح الرد من القاضي إذا كان بين قيمته والثمن الأول تفاوت يسير
فأما إذا كان بين الثمن الأول وبين القيمة تفاوت فاحش ينبغي أن يضمن البائع نصف قيمته

العبد بالغا ما بلغ للغريم الآخر لأنه ثبت أن رد القاضي بمثل الثمن الأول
لم يصح فبقي حق الغريم متعلقا برقبة العبد وقد تلف عند البائع فيضمن
نصف قيمته له ليستويا في استحقاقهما فلذلك لو أعتقه البائع فإن كان
يحضر للغريم الآخر أو دبره أو كانت جارية فاستولدها أو وجد به عيب
أو عجز عن رده بمعنى من المعاني لأن هذه المعاني تمنع الفسخ كالهلاك رجل
اشترى عبدا بألف درهم في صحته وقبضه ولم ينقد الثمن ثم مرض وعليه
دين ألف درهم ثم الغرماء وجد بالعبد عيبا فرده على البائع بغير قضاء
أو أقاله وقيمة العبد مثل الثمن أو أقل فإن برأ من مرضه جاز جميع ما صنع
لأنه متى برأ ظهر أن مرضه لم يكن مرض الموت فكان هو والصحيح سواء ولهذا
يعتبر تبرعا والتبرع وإذا صح لم يكن للغريم الآخر على العبد والبائع سبيل
وإن مات من ذلك جازت الإقالة والرد وغرم البائع نصف الثمن للغريم الآخر
والغارم له من ذلك لأن المريض مرض الموت يملك بيع ماله ولا يملك إبطال حق
الغرماء على البعض كالوصي سواء وكان الجواب فيه ما ذكرنا في الوصي ولو خاصم
البائع المريض وقدمه إلى القاضي فإن القاضي يرد العبد على البائع علم بدين
الغرماء أو لم يعلم فرق بين هذا وبين الرد بخصومة الوصي إذا علم القاضي بالدين
والفرق أن الرد بخصومة المريض ليس فيه إبطال حق الغريم لأن حق الغريم
لم يتعلق بماله بعد لأنه إنما يتعلق بماله على تقدير أنه مرض الموت وفي الحال
لا يعرف كون المرض مرض الموت ولهذا ينفذ بيعه وجميع تصرفاته في الحال وبهذا
لأن حق الرد له فأما حق الغريم الآخر فلا وإن فعل لا يبطل بالعذر الموهوم
فأما الرد بخصومة الوصي ففيه إبطال حق الغريم لأن حق الغريم ~~تعلق بماله لا يبطل~~
~~بالعذر الموهوم فأما الرد بخصومة الوصي ففيه إبطال حق الغريم لأن حق الغريم~~
تعلق بماله بعد الموت لأنه خرب ذمته وانتقل الدين من الذمة إلى المال له
ثم إذا رد القاضي في مسألتنا ثم مات المريض فالبائع بالخيار إن شاء أعطى
الغريم نصف الثمن وإن شاء نقض الرد فيبيع له لأنه لما مات ظهر أن هذا المرض
مرض الموت وأن حق الغريم متعلق بماله وقت رد القاضي فصار بمنزلة رد

القاضي بخصومة الوصي لأن لم يعلم القاضي بدين غريم آخر علم وبقيمة
البائع بالخيار كما ذكرنا هاهنا فلذلك إنما يصح الرد إذا كانت قيمته مثل
الثمن أو أقل فأما إذا كان أكثر لا يصح وهذا التقسيم إذا كان رد المريض
بغير قضاء القاضي لأنه يكون إقالة ولو أقاله المريض مرض الموت إنما يصح إذا
لم يكن فيها محاباة إذا كان عليه دين مستغرق بمنزلة بيعه ولا يعتبر عنه الغبن
اليسير بمنزلة الفاحش ولو كان الرد من القاضي يعتبر فيه اليسير بمنزلة إقالة
الوصي وبيعه في التركة المستغرقة لأن القاضي والوصي مأموران بالوصية
فينصرف إلى المتعارف ولا يكلفان بما ليس في وسعهما والتحرز عن
الغبن اليسير ليس في وسعهما أما المريض ليس بمأمور بل هو متصرف
بحكم الملك في ماله وهو مشغول بحق الغير فيصح بشرط أن لا يتضرر به الغير
بل الضرر أو أكثر وهو بمنزلة تصرف رب المال في مال المضاربة مع تصرف المضارب
وقد ذكرنا هذه المسألة مع نظائرها في كتاب الزكاة ثم إذا كانت القيمة أكثر
حتى لا يصح الرد يوجد العبد منه ويباع ويقسم الثمن بين الغرماء ولو قال
البائع أنا أغرم نصف القيمة أو نصف الثمن لا يلتفت إلى قوله لأن الرد وقع
فاسدا فيفسخ كالبيع الفاسد وإن قال المشتري أنا أرضى به وأن التصرف
وقع فسخا والفسخ يكون بمثل الثمن الأول ولا يحتمل الزيادة والأوجه إلى إمضائه
لأجل المحاباة فينتقض ضرورة بخلاف بيع المريض بغبن فإن قال المشتري
أنا أكمل القيمة وأمكن التغيير لأن الزيادة في البيع جائزة فأمكن حق الورثة
والغرماء والله أعلم

باب ــــ من الاستحقاق في البيع

أصل الباب ما ذكرنا في الدعوى أن البينة متى قامت على خصم حاضر
قبلت وإلا فلا لأنها شرعت لقطع الخصومات ولا يتأتى ذلك إلا في موضع
الخصومة والخصم يكون المدعي بيده ويدعيه لنفسه فيقول هو لي أو ليس
لك وهو كقول أصحابنا إن القبض في عقد الصرف شرط بقاء العقد على الصحة
لا شرط الصحة لقوله عليه السلام لابن عمر رضي الله عنهما لا بأس إذا افترقتما
وليس بينكما عمل أي مطالبة بالتسليم لوجود القبض قبل الافتراق

وكان ينبغي ان يشترط مقرونا بالعقد لان هذا العقد اختص بامر يختص
بحكم يقتضيه ذلك الاسم كالسلم وليس ذلك صرفا في تملك كل واحد منهما
الى ملك صاحبه لان البدل من الجانبين يحتمل ابدا بهذا العقد الا ان يكون مملوكا
لكل واحد منهما قبله ولان ذلك ثابت في سائر البيوع عرفنا انه سمي صرفا لما
فيه من صرف ما في يد كل واحد منهما الى يد صاحبه ولم يسمه لوجوب التسليم
مطلقا لان ذلك ثابت في سائر البيوع عرفنا انه انما سمي به لاستحقاق قبض
البدلين في المجلس ولانه مبادلة الثمن بالثمن والثمن يثبت بالعقد دينا في الذمة
والدين بالدين حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي فما يحصل
به التعيين وهو القبض لابد منه ولانه يشترط قبض احد البدلين لخروجه
عن الكالي بالكالي فيشترط قبض الاخر لخروجه عن الربا لان للنقد فضلا عن
النسيئة الا ان حالة المجلس تقام مقام حالة العقد شرعا للتيسير وادا وجد
التعيين بالقبض في المجلس يجعل ذلك كالموجود عند العقد وليس لاحد
البدلين نوعي من الاخر فيشترط قبضهما ولسنا نعني بالمجلس موضع جلوسهما
بل المعتبر وجود القبض قبل الافتراق بالابدان حتى لو قاما ومشيا فرسخا
ثم تقابضا قبل ان يفارق احدهما صاحبه جاز العقد وكذا لو ناما في المجلس
او اغمي عليهما ثم تقابضا قبل الافتراق وروي ذلك نصا عن ابي يوسف رحمه الله
دل عليه حديث ابن عمر رضي الله عنهما حيث قال وان استنظرك حتى يلج السارية
فلا تنظره وان وثب من السطح فثب معه ولهذا لا يجوز شرط الخيار في هذا
العقد لان الخيار يعدم الملك فيكون اكثر تاثيرا من عدم القبض قبل الافتراق
ويشترط الخيار يمنع استحقاق ما به يحصل التعيين وهو القبض بالخيار
وكذا بشرط الاجل يعدم استحقاق القبض الذي يثبت به التعيين فلهذا
كان مبطلا وهو نظير ان البيع عند الاطلاق ينصرف الى ما هو مملوك له
جريا على موجب الظاهر بخلاف الاقرار وقد ذكر محمد ما عرفنا به اقوال محمد
رحمه الله رجل اشترى ابريق فضة بمائة دينار وقبض الابريق ونقد دينارا
ولم ينقد الباقي حتى افترقا فسد البيع في نصفه لان المفسد هو الافتراق قبل

النقض وانه موجود في النصف والفساد بعد العقد الا كان الفساد طار
بالاجماع بخلاف الفساد المقارن عند ابي حنيفة رحمه الله وفي شرح الكرخي
رحمه الله وقد قال ابو حنيفة رحمه الله ان معنى قولي لم افسد في نفس المعقود
عليه ان التحريم ثبت بنص او اجماع ولا اعتد بالخلاف مع النص ولهذا قال
من جمع بين شاة مذكاة وشاة ترك التسمية عليها عمدا ان البيع فاسد
فيهما لان ما ترك عليه التسمية عمدا منصوص على تحريمه والنص حجة على
المخالفين والخلاف ليس بحجة فصار وجود الخلاف وعدمه سواء وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز البيع في المذكاة لان اباحة الاكل يسوغ
فيه اجتهاد فصار يسوغ الاجتهاد كتعارض النصين ثم في مسئلة الكتاب
يصير الابريق كله ملكا للمشتري النصف بحكم بيع صحيح والنصف بحكم بيع
فاسد فان غاب البائع ثم جاء رجل واستحق على المشتري نصف الابريق
واقام البينة تقبل بينته ويأخذ من المشتري نصف الابريق لان البينة قامت
على خصم حاضر لان الابريق كله في يده وهو يدعي ان كله له لان العقد
الفاسد يفيد الملك في المبيع المقبوض فاذا حضر البائع كان للمشتري عليه
ربع الابريق وارجع بنصف الدينار الذي ادى لان الاستحقاق ورد
على نصف شائع من النصفين لانه لا اختصاص للاستحقاق والقضاء باحد
النصفين دون الاخر لانه صلح حصتهما في النصفين جميعا والاستحقاق والطهارة
ما كان يكون كالاقرار بنصف عين مشترك بين شريكين وانه ينصرف الى نصف
شائع نصفه من نصيب المقر ونصفه من نصيب الشريك لذلك هنا فرق بينه
وبين البيع فانه ينصرف الى النصف الذي هو نصيب البائع والفرق وهو ان
المذكور في الوجهين نصف مطلق ومقتضى القياس ان ينصرف الى نصف
شائع من النصفين الا انا تركنا القياس في التملك وصرفناه الى نصيب
المملك بالنص فان الشرع صرف الوصية بثلث المال الى الثلث الذي هو نصيب
الموصي فيبقى الظاهر على اصل القياس ومتى كان المستحق نصفا شائعا
فالنصف الذي بقي في يد المشتري يكون نصفه هذا النصف وهو ربع الكل

في مقابلة النص صح

فما قبض منه البيع فيرد ذلك عليه بحكم الفساد ويأخذ حصته المستحق الذي بقي من البيع
منه من الثمن وذلك نصف دينار والخيار للمشتري ولم يصر له شريك في
الابريق لانه رضي بالشركة لما لم ينقد الدينار الاخر مع علمه ان للبائع ان يأخذ
نصف الابريق من يده ويصير شريكا له فيه ولانه ظهر ان نصف الابريق كان للبائع
ونصفه للمشتري وكان البيع في النصف نافذا وفي النصف موقوفا فلما قبض الدينار
صار فاسدا في النصف لان في الصرف يحتاج الى قبض الثمن قبل الافتراق فلما
كان العقد موقوفا كما يحتاج اليه اذا كان العقد نافذا الا ترى ان الفضولي اذا
باع ابريق فضة لرجل وقبض الثمن وافترقا ثم اجاز صاحب الابريق البيع جاز ولو
افترقا من غير قبض ثم اجاز لا يجوز وان قبض في مجلس الاجازة فاذا قبض احد
الدينارين فالمقبوض يكون من النصيبين وكذلك غير المقبوض فاذا استحق نصفه
واحد فقد بطل البيع في نصيب نفسه في مقدار ما يؤثر وفي مقدار ما بطل
بالافتراق وهو ربع الابريق ومن نصيب البائع وقد فسد في نصفه بالافتراق
فيجب عليه رده ويرد البائع نصف الدينار لان ذلك بازاء نصيب المستحق
ولو اشترى عبدا صفقة واحدة نصفه بمائة حالة ونصفه بمائة الى العطاء وصبر
المشتري العبد جاز البيع في النصف وفسد في النصف بجهالة الاجل فلو استحق
نصف العبد فهو على ما ذكرنا في الابريق فان قيل المفسد هنا مقارن للعقد
وهو جهالة الاجل فوجب ان يفسد في الكل عند ابي حنيفة قيل له الفساد هنا
مختلف فيه وليس فيه نص موجب للفساد فان عند عائشة رضي الله عنها يجوز
البيع الى العطاء وقال ابن ابي ليلى البيع جائز والمال حال لان العقد لما لم يكن صالحا
للاجل الذي ذكره لغى ذكره وعائشة رضي الله عنها تقول وقت خروج العطاء معلوم
بالعرف ولا يتأخر الخروج عنه الا نادرا فكان بيعا باجل معلوم وعند ابن
عباس رضي الله عنه يفسد البيع وهو مذهبنا لان العطاء فعل العباد وقد يتقدم
وقد يتأخر بحسب ما يبدو لهم ولان هذا فساد طارئ من وجه لان المفسد جهالة الاجل
وذلك غير متحقق في الحال فما لم يجئ وقت العطاء فانه لو اسقط الاجل قبل مجيء العطاء
يصير جائزا فلما لم يكن فاسدا مطلقا فلا يؤثر في فساد ما ضم اليه لانه لو اشترى

شبهة الشبهة وانها غير معتبرة ولانه لا يكون ربا في هذا الوجه ومن حيث
انه يشبه هذه الجهالة الشرط وانه مقارن للعقد عملنا بهما فقلنا بفساد العقد
في النصف الذي شرط فيه ولم نقل بفساده في النصف الاخر عملا بهما وهو بمنزلة
ما لو اشترى عبدا بالف درهم وقبضه ولم ينقد الثمن ثم باعه منه مع عبد اخر
بخمسمائة جاز البيع في الذي لم يشتره من البائع وفسد في الذي اشتراه لما قلنا
وقال الكرخي رحمه الله اذا باع جارية في حلقها طوق ذهب فيه مائة دينار الى
شهر فالبيع فاسد كله عند ابي حنيفة رحمه الله وروى ابن رستم عن محمد عن ابي
يوسف وابن سماعة وبشر بن الوليد عن ابي يوسف رحمهم الله مثل قول
ابي حنيفة قال ابو يوسف رحمه الله لا اختلاف بين اهل العلم في ذلك قال
الكرخي وهذا قوله الاخر وجعل الكرخي رحمه الله رجوع ابي يوسف رحمه الله في
هذه المسألة دلالة على رجوعه في جميع المسائل وذكر ابن سماعة عن ابي يوسف
رحمهما الله ثم اسلم عشرة في كر حنطة خمسة بعينها في المجلس وخمسة بعد
عشرة ايام ان السلم باطل في الجميع ولم يحك خلافا وكان ابو بكر الرازي رحمه الله
يقول يجوز ان يفرق بينهما لان النسا محرم في الفضة بالنص والاجماع فيجوز ان
يقول ابو يوسف رحمه الله ان الفساد متى ثبت بنص او اجماع افسد الصفقة
لانه دليل مقطوع به واما بخبر الواحد فلا يقطع به فلو قلنا به في الاختلاف
لم يفسد الصفقة وحكى محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله فيمن باع امتين احداهما
لم يقبضها من بايعها انه يجوز البيع في التي في يده وهذا كالمدبر والامة وقال
الحسن عن زفر رحمهما الله البيع فيهما باطل لان بيع ما لم يقبض منصوص على
تحريمه فلم يعتبر بالخلاف فيفسد في الجميع كما في متروك التسمية مع المذبوحة
ولابي حنيفة رحمه الله ان الرق المعقود عليه موجود فيهما فصار كالامة والمدبر
وذكر ابو الحسن رحمه الله في الجامع فيمن اشترى عبدا بخمسمائة نقدا وخمسمائة
له على انسان ان البيع فاسد في الجميع لان هذا فسادا في الثمن وما فسد من الثمن
لا يختص بجزء من المبيع دون جزء لان عندنا كل جزء من الثمن مقابلة كل المبيع
فاذا لم يختص بجزء دون جزء فسد في الجميع وعلى هذا قالوا اذا اشترى عبدا بخمس

ما به نقدا او خمس مائة الى العطاء فسد في الجميع لانه شرط فاسد في الثمن
رجل اودع عبدا رجلا نصف عبد وباع منه النصف الآخر وغاب البائع
فادعى رجل على المشتري نصف العبد واقام البينة واقام المشتري البينة
على الشراء او الوديعة فالخصومة بينهما حتى يحضر البائع لان المستحق لما اقام
البينة ان النصف له صار كشريك طارئ في العبد ولو كان شريكه طارئا في
العبد وباع الغائب نصفه انصرف البيع الى نصف هو نصيبه الى نصف شائع
من النصفين لما قلنا فكذا اذا كان شريكه المستحق حقيقة وقد البيع ثم ظهر
من بعد واذا انصرف البيع الى المملوك كان الاستحقاق واردا على النصف
الذي لم يبع والمشتري ليس بخصم فيه لانه مودع هذا اذا كان البائع والمودع
واحدا فان باعه رجل نصف العبد واودعه رجل آخر النصف الباقي وغاب
البائع فادعى رجل نصف العبد واقام البينة واقام المشتري البينة يقضى
للمدعي بربع العبد وهو نصف ما اشتراه المشتري والنصف في الباقي يبقى حتى
يحضر المودع فيكون خصما للمستحق واخذ المستحق نصف العبد ورجع المشتري
على البائع بنصف الثمن لان البائع والمودع لو كانا حاضرين والعبد في ايديهما
وهو بين غائبين العبد لا بعينهما يقضى للمستحق بنصف نصيب البائع ونصف نصيب
المودع ويكون الاستحقاق واردا عليهما فكذا اذا كانا غائبين واذا كان
الاستحقاق واردا على نصيبهما فنقول ما كان واردا على المبيع كانت البينة قامت على
الخصم وما كان واردا على الوديعة فالبينة قامت على غير الخصم فيقبل على الخصم
في ربع العبد ولم يقبل في الربع الآخر وانه يبين ان في العبد شريكا ثالثا وله البينة
النصف وللبائع والمودع لكل واحد منهما الربع وكان للبائع ربع العبد فاذا
باع النصف انصرف البيع الى ربع هو ملكه وانصرف ايضا الربع الى ربع هو
ملكه فالمستحق وجد خصما في ربع العبد دون الربع الآخر فيقضى له بالربع
ويتوقف خصومته في الربع الآخر الى ان يحضر المودع بخلاف ما اذا كان المودع
والبائع واحدا لانه تبين ان في العبد شريكا وله النصف وللبائع النصف وانصرف
البيع الى النصف المملوك والوديعة الى النصف وهذا لانه انما صرفنا بيعه الى النصف

الى النصف الذي هو مملوك له تصحيحا للتصرف وتحسينا للظن به وهنا لا يمكن ذلك لان بيعه
وقع في ملك الغير لا محالة ثم قال رحمه الله في الكتاب او احضر المودع احد المدعي
نصف العبد واراد به تمام النصف لا جميع نصيب المودع لانه يصير اخذا ثلثة ارباع
العبد وهو يدعي النصف وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله في المسئلة الاولى ايضا
انه يقضى بالربع لانه استحق النصف شايعا في النصفين ولو ان رجلا اشترى من رجل
نصف عبد بيعا فاسدا وقبضه ثم اشترى منه النصف الاخر بيعا صحيحا وغاب البايع
فجاء رجل واستحق نصف العبد فان الاستحقاق ينصرف الى النصف الثاني وهو النصف الذي
صح البيع فيه لانه لو لم يبع النصف بيعا صحيحا حتى جاء مستحق واستحق النصف
كان الاستحقاق واردا على النصف الذي لم يبع وكان بيع البايع النصف
الذي باعه بيعا فاسدا منصرفا الى نصيبه خاصة كما لو كان البيع صحيحا
لانا انما صرفنا بيعه الى النصف الذي هو ملكه تحسينا للظن به ولا يصير
ضامنا بدفع مال الغير الى غيره وانه موجود هنا فاذا باعه بعد ذلك النصف الاخر
بيعا صحيحا ولا لتحسين الظن عند ظهور الاستحقاق انصرف الاستحقاق الى النصف
الثاني فان حضر البايع اخذ منه النصف الاول لانه هو النصف الذي باعه بيعا
فاسدا فيسترد بحكم فساد البيع ويسترد المشتري ثمن النصف المستحق وكذا لو كان الاول صحيحا
والثاني فاسدا فالمستحق هو الثاني ولا ينظر في هذا الى الصحيح والفاسد وانما ينظر الى
الاول والثاني وكذا لو كانا صحيحين او فاسدين وانما يظهر ثمرته اذا اختلف الثمنان او القيمة
عند القبضين ولو كان احدهما صحيحا والاخر بميتة او دم ولم يكن بين المشتري
والمستحق خصومة حتى يحضر البايع قال في الكتاب لان البيع وقع على ما كان يملك البايع يريد بيان
ما كان يملك لم يرد الاستحقاق عليه والنصف الاخر لم يقع فيه ملك المشتري فلا يكون بين المستحق
وبين المشتري خصومة بخلاف ما لو اشترى بالخمر او الخنزير لانه ملكه فيصير خصما اتفقت الروايات
واتفق المشايخ رحمهم الله ان المشترى بميتة او دم او خنزير لا يملكه المشتري اما هل يكون مضمونا على المشتري
اذا قبض ففيه اختلاف المشايخ قال القاضي ابو سعيد البردعي رحمه الله مضمون عليه وهكذا روى ابن سماعة عن محمد
رحمهما الله قالوا واليه اشار محمد رحمه الله في بعض مسائل كتاب الماذون وقال بعضهم امانة في يده وهكذا روى الحسن
عن ابي حنيفة رحمهما الله قالوا وقد نص محمد رحمه الله على هذا في السير الكبير وقال محمد بن سلمة رحمه الله امانة
عند ابي حنيفة رحمه الله مضمون عندهما وقاس على مسئلة الجامع الصغير اذا باع مدبرا من آخر بثمن معلوم
وقبضه المشتري فهلك في يده فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن وروى المعلى
عن ابي حنيفة رحمه الله انه يضمن قيمة المدبر بالاجماع كما في الغصب انما الخلاف في ام الولد ومشايخنا رحمهم الله
صححوا هذه الرواية وذكر شمس الائمة الحلواني وشمس الائمة السرخسي رحمهما الله ان الصحيح ما ذكر في السير
انه مضمون لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشرا وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده
رحمه الله في كتاب الماذون في باب حجر الماذون له اذا بيع بالميتة والدم فقبض المشتري فهو على اذنه لانه

لم تزل عن ملك البايع ولو باع بالخمر والخنزير فقبل القبض هو على اذنه وبعده يصير مجوزا والله اعلم

باب بيع المكيل فيما يزيد بين الكيلين

اصل الباب ان من اشترى مجالا مقدرا بشرط الكيل لا يجوز له ان يتصرف فيه بيعا واكلا
وغير ذلك حتى يكتال لنفسه كيلا اخر بالنص والمعنى اما النص ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى
عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري والمعنى فيه ان الكيل فيما اشترى مكايلة من تمام
القبض لان الكيل مما يعين المعقود عليه من وجه لان المعقود عليه مقدر معلوم ولهذا لو زاد لا يسلم له ولو
انتقص يحط عنه بقدره من الثمن والقدر لا يصير معلوما متعينا الا بالكيل فكان من هذا الوجه الكيل من تمام
القبض واصل القبض في النقلي شرط لجواز تصرف المشتري فكذا الكيل الى هذا اشار محمد حيث قال لانه باعه قبل
ان يقبضه اراد به تمام القبض وهذا لان المكيل تزداد باعادة الكيل تارة وينتقص اخرى واذا زاد وجب عليه
رد الزيادة فلو جاز التصرف قبل الكيل ربما يصير بايعا او اكلا مال غيره وهذا معنى النهي وكذلك الموزون بخلاف
ما اذا اشترى مجازفة لان الكل ملكه فتاكد ملكه فيه بالقبض كسائر النقليات بخلاف ما اذا اشترى شيا بحنطة
في الذمة وقبض البايع الحنطة وتصرف فيه قبل الكيل حيث يجوز لان اصل القبض ليس بشرط لجواز التصرف فيما
وجب في الذمة ثمنا فكذا ما كان من تمامه الا ترى انه لو باعه من المشتري قبل القبض يجوز بخلاف ما اذا ملك
بميراث او هبة او غيرهما لان سبب وجوب الكيل التمليك بشرط الكيل ولم يوجد وبخلاف المذروعات اذا اشترى
ثوبا على انه عشرة اذرع وقبضه يجوز التصرف قبل الذرع صفة تملك المشتري الثوب المشار اليه ولهذا لو ذرع
واذا زاد لا يلزمه رد الزيادة ولو انتقص لا يرجع بشيء فكانت الزيادة مبيعا تبعا فلا يختلط المبيع بغير المبيع
واما العدديات اذا اشترى بشرط العد روى عن ابي حنيفة انه لا يجوز البيع قبل العد وهو اختيار الكرخي وعنه في
رواية اخرى انه يجوز وهو قول ابي يوسف ومحمد لهما انه كما يجوز بيع الواحد بالاثنين في المذروعات فكذا في المعدودات
ولا يجوز في المكيلات فكان ملحقا بالمذروعات ولانها لا تزيد باعادة العد عليها الا من غلط ولابي حنيفة
ان التصرف في المكيل والموزون انما كان حراما قبل الكيل والوزن لاختلاط المبيع بغير المبيع والاختلاط موجود هنا
الا ترى انه لو اشترى جوزا على انه الف فوجده اكثر لا يسلم له الزيادة ولو انتقص يرجع بحصته من الثمن فاذا اشتركا في العلة اشتركا
في الحكم وحرف اخر ان الخيانة في بيع المرابحة توجب الخيار للمشتري ان شاء اخذ بجميع الثمن وان شاء ترك عند ابي حنيفة
ومحمد وان استهلك المتاع او بعضه فالثمن كله لازم له وقال ابو يوسف وابن ابي ليلى يحط عنه الخيانة وحصتها من الربح
على كل حال ولا خيار وهو رواية هشام عن محمد وروى عيسى بن ابان عن محمد انه رجع بالري عن هذا وقال يرد المشتري قيمة
المبيع ويرجع بالثمن وهو ظاهر على اصله فان عنده الفسخ يجوز ان يقع على القيمة كما قال في التحالف بعد هلاك المبيع
فكذا هنا استدراكا لحق المشتري والخيانة في التولية توجب حط قدر الخيانة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد توجب
الخيار ان شاء اخذ بجميع الثمن وان شاء ترك فابو يوسف يقول بالحط فيهما لان العقد الثاني في حق الثمن بناء
على الاول وقدر الخيانة لم يكن ثمنا في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني كالمشتري اذا كان الشفيع
لا يثبت مقدار الخيانة في حقه وياخذ بمثل الثمن الاول وهذا لان السبب الثاني لما اضافاه الى السبب الاول
فانما يوثر في ايجاب مثل ما وجب بالسبب الاول الا مقدار ما زاد فيه من الربح فيما وراء ذلك لا يثبت وبدون السبب
لا يثبت الحكم والدليل عليه انه لو خرج البعض من ان يكون ثمنا في العقد الاول بالحط يخرج من ان يكون ثمنا في العقد الثاني

في العقد الثاني فاذا ثبت انه لم يكن ثمنا فيه اولى ولان البايع رضي بمقدار من الربح فما زاد عليه يجب حطه كما ان في التولية
لما رضي بمقدار من راس المال وجب اسقاط ما زاد عليه ومحمد يقول لا يحط فيهما لانهما باشرا عقدا باختيارهما بثمن سمياه
فينعقد بجميع ذلك الثمن كما لو باعه مساومة وهذا لان انعقاد السبب الثاني يعتمد التراضي ولا يتم رضى المشتري
الاول اذا لم يجب له جميع الثمن المستحق بخلاف الاخذ بالشفعة فلا معتبر برضى المشتري هناك ثم حق الاخذ للشفيع
بالثمن الاول مستحق على المشتري الاول فهو في تسمية ما سمى غير قاصد ابطال ما هو مستحق عليه لكنه مدلس والتدليس
يثبت الخيار للمشتري كتدليس العيوب بخلاف الحط بعد العقد لان الاستحقاق يثبت للمشتري الثاني بمثل الثمن
الاول وتم رضى المشتري الاول فيما خرج من ان يكون ثمنا في العقد الاول يخرج من ان يكون ثمنا في العقد الثاني فكان
المشتري الثاني بعد ما تم استحقاقه بمنزلة الشفيع وابو حنيفة يفرق بين التولية والمرابحة من وجهين احدهما ان التولية
بناء على الاول من كل وجه فلا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا في العقد الاول كالاقالة لما كان فسخا للعقد الاول فما لم
يكن ثابتا في العقد الاول لا يمكن اثباته في الاقالة فاما المرابحة فليست ببناء على العقد الاول من كل وجه وان
بنيت عليه من وجه وهو المعيار في الثمن الا ترى انهما سميا فيه ما لم يكن مسمى في العقد الاول فيه تبين انه سبب
مبتدا باشراه باختيارهما فينعقد بالثمن المسمى فيه يقرره انه لا حاجة في التولية الى ذكر الثمن وتسمية مقدار الخيانة
فيكون لغوا ايضا وفي المرابحة لا بد من تسمية الثمن يعني قدر الربح فكان انعقادها بالتسمية فينعقد بجميع ما سميا
فيها وفرق اخر في اثبات الخيانة في التولية تغيير العقد عن موضع ما صرحا به وما ينبني عنه لغة وشرعا لان به
يصير العقد مرابحة لا تولية وقد صرحا بالتولية فكان ذلك منهما نفيا لمقدار الخيانة اما في المرابحة لو اثبتنا جميع المسمى
لا يتغير به العقد عن موضوع ما صرحا به ولا عن موضوعه لغة وشرعا فانهما صرحا ببيع المرابحة وهو مرابحة الا ان
الربح فيه اكثر مما ظنه المشتري والبايع دليس بتسمية بعض ربحه راس المال فكان مثبتا الخيار للمشتري واذا اسقط
خياره بهلاك المبيع في يده لزمه جميع الثمن المسمى اذا عرفنا هذا قال محمد رجل اشترى من رجل كرا من طعام مكايلة
فاكتاله وقبضه ثم ولاه اخر فليس للمشتري الثاني ان يقبضه الا بكيل مستقبل لما ذكرنا ان التولية بيع بمثل الثمن
الاول وبمثل الشرط الاول ومتى كان البيع الاول بشرط الكيل علم ان الثاني بشرط الكيل ايضا فلا يكون له ان يقبضه
الا بكيل مستقبل لما ذكرنا فان اكتاله فوجده يزيد قفيزا فانه يرد الزيادة على بايعه لان الداخل تحت البيع الكر فقط
وقد استوفى مشروطه فتكون الزيادة ملك البايع فترد عليه لانه خارج عن بيعه وهل يرد البايع الثاني على البايع
الاول ان كانت الزيادة مما تجري بين الكيلين عادة لا يرد ويسلم له وان كانت لا تجري يرد لانها اذا كانت تجري
بين الكيلين لا يتبين الخطا في الكيل الاول واذا كانت لا تجري يتبين الخطا في الكيل الاول والاصل ان ما مضى
بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله وينقض بما هو فوقه كالنص ونحوه والكيال فيما يكيل مجتهد والكيل الاول
مما امضاه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله فمتى كانت الزيادة مما تدخل بين الكيلين لو نقضنا الاول نقضناه
باجتهاد مثله الا ترى انه لو اعيد الكيل الثاني ربما يدخل الزيادة في الكيل الثاني فبقي الكيل الاول ماضيا على حاله
ولا يظهر فيه الخطا فلا يجب على المشتري الاول ان يرد شيئا ومتى كانت الزيادة بحيث لا تدخل بين الكيلين فقد
ظهر الخطا في الكيل الاول بيقين فبطل فصار وجوده وعدمه بمنزلة ولو عدم حتى ظهرت الزيادة كانت الزيادة
لبايعه كذلك هنا ولانها اذا دخلت بين الكيلين لا يعرف بيقين انه ملك البايع الاول فلا يرد عليه ثم انما سلمت
الزيادة للمشتري الاول اذا كانت تدخل بين الكيلين ولم يسلم المشتري الثاني وان كانت مما لا يجوز ان يدخل بين الكيلين

فيصير حقا للثاني لان جعلها حقا للاول اولى لانه لو انتقص الكيل الثاني عن الكر كان النقصان على المشتري الاول
لا على المشتري الثاني فكذا اذا ظهرت الزيادة كانت للمشتري الاول دون الثاني فيكون الخراج بالضمان والغرم بالغنم
وتطيب الزيادة للمشتري الاول لانها رزق ساقها الله تعالى اليه ولو كال المشتري الثاني فوجده انقص يا خذ
بحصته من الثمن قل النقصان او كثر لانه لم يسلم له شرطه فكان له ان يرجع عليه وهو يرجع المشتري الاول على بايعه
فهو على ما ذكرنا في الزيادة ان كان النقصان مما يدخل بين الكيلين لا لانه لم يظهر الخطا في الكيل الاول وان كان مما لا يدخل
وقد ثبت ذلك بالبينة او بتصديق البايع يرجع لانه ظهر خطاوه في الكيل الاول ثم الزيادة اذا كانت مما يدخل بين الكيلين
حتى سلمت للمشتري الاول ذكر ان الكر للمشتري الثاني بجميع الثمن ولا يخير ولم يحك خلافا واختلف المشايخ فيه منهم
من قال هنا قول محمد اما على قول ابي يوسف يلزمه الكر باربعين جزا من احد واربعين جزا من الثمن من غير خيار لان المشتري
الاول جنس من الكر الذي اشتراه قفيزا ثم باع الباقي بجميع الثمن فكان هذا خيانة منه في التولية فيطرح عنه
قدر الخيانة عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا يخير كما لو باع المشتري الاول قفيزا بدرهم ثم ولى الباقي رجلا ثم علم
المشتري الثاني ومنهم من قال لا بل هنا قول الكل وفرق بين هذا وبين اذا باع قفيزا ثم باع الباقي بجميع الثمن والاصح
هو الفرق بينهما والفرق وهو انه اذا لم يبع القفيز لم يجز في التولية لانه باع جميع الطعام الذي اشترى بجميع الثمن
فكان صادقا فيما قال المشتري الثاني لان ظهرت الزيادة بعد ذلك بالكيل واما اذا باع بعض الطعام الذي
اشتريه بجميع الثمن فكان صادقا فيما قال المشتري الثاني لانه ظهرت الزيادة بعد ذلك بالكيل واما اذا باع
فقد جاز في التولية لانه باع بعض الطعام الذي اشتراه بجميع الثمن وهو كاذب فيما قال لان ثمن الباقي من الطعام بعض
الثمن الاول لا جميعه وكل ما ذكرنا في التولية فكذا في المرابحة ولو باع المشتري الاول قفيزا ثم ولى رجلا ما بقي من الطعام
على انه كر بالثمن الاول ثم ان المشتري الاخر كاله فوجده كرا فان الثمن ينقسم على احد واربعين سهما فما اصاب
الواحد القي من الثمن واصاب اربعين اخذ المشتري الثاني به الكر ولا خيار في قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه
خان في التولية وعند محمد لا يحط شي من الثمن ويخير المشتري حتى لو هلك الكر وسقط الخيار لزمه جميع الثمن ولو كان
المشتري الاول باعه بربح عشرة دراهم على الثمن وهو مائة درهم والمسالة بحالها فان شاء المشتري الاخر اخذ الكر الذي
اكتاله بمائة درهم وعشرة دراهم وان شاء ترك وقال ابو يوسف تقسم المائة والعشرة على احد واربعين سهما
فما اصاب سهما بطل من الثمن واخذه بما بقي ولا خيار له لانه خان في المرابحة ومن مذهب ابي يوسف التسوية
بين المرابحة والتولية في انه يحط قدر الخيانة ويلزم المشتري البيع بما بقي من الثمن ولا خيار له ومحمد سوى
بينهما في ان يلزم المشتري بجميع الثمن ويكون له الخيار ما دام المبيع قايما فاذا هلك حتى سقط خياره
لزمه بجميع الثمن وابو حنيفة فرق بينهما فقال في التولية كما قال ابو يوسف وفي المرابحة كما قال محمد وفي
المبسوط اذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ثم باعه بربح ده يازده كان الربح درهما ولو باعه بوضيعة ده
يازده كان الثمن احد عشر درهما فالربح جزء من احد عشر جزا من الثمن فكذلك اذا باعه بوضيعة ده يازده ينبغي
ان يكون الوضيعة جزا من احد عشر جزا من الثمن وذلك بان يضرب العشرة في احد عشر فيكون مائة وعشرة
فمقدار الوضيعة جزء من احد عشر جزا وذلك عشرة اجزا يبقى مائة جزء كل احد عشر جزا درهم وذلك تسعة
دراهم وجزء من احد عشر جزا من درهم والله اعلم مسيلة املاها محمد والاصل فيها ان المضمون متى
تعذر على الضامن رده بفعل من له الضمان برى الضامن عن الضمان لانه صار بذلك الفعل قابضا للمضمون

للمضمون ومتى تعذر بفعل الضامن لا يبرا الا انه لم يصر قابضا معنى ولانه لو تعذر بغير صنعه لا يبرا فهذا اولى قال محمد
رجل باع جارية بالف درهم من رجل وتقابضا ثم اقر البايع انها لفلان امره ببيعها وقال المقر له بعتكها بمائة دينار و
قبضتها ربعتها لنفسك ولا يعلم ان الجارية كانت للمقر له ام لا وكذبهما المشتري فيما قالا وقال الجارية جاريتي حلف
البايع على دعوى المقر وحلف المقر له على دعوى البايع لان كل واحد منهما يدعي على صاحبه معنى لو اقر به يلزمه وهو
مما يجري البدل فيه اما المقر فلانه يدعي على المقر له الاذن والوكالة بالبيع وبراة نفسه عن ضمان قيمة الجارية وكون
الثمن امانة في يده والمقر له ينكر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ولم يذكر ان القاضي بيمين ايهما يبدا وذكر
في اخر الجامع وقال يبدا بيمين المقر له لانه يوجب تقليل اليمين لانا لو بدانا بيمين المقر عسى ينكل فيظهر الشرا واذا ظهر
الشرا يبطل دعواه التوكيل وبراة نفسه عن ضمان القيمة لانه لا يبقى ضامنا للقيمة ولو بدانا بيمين المقر له ونكل صار مقرا با
لوكالة وبراة المقر عن ضمان قيمة الجارية لكن لا تسقط دعوى المقر انه باع منه الجارية لان التوكيل لا يمنع البيع منه بان وكله ببيعها
ثم باعها منه فكانت البداية بيمين المقر فيها تقليل اليمين اولى وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما البينة فبينة المقر له
اولى ويجعل كان الامرين كانا لعدم التنافي لان التوكيل لا يمنع البيع من الوكيل وهو بمنزلة ما لو اقام البينة على الدين
واقام المدعا عليه البينة على القضا او الابرا او اقام البينة على النكاح واقامت البينة على الطلاق يعمل
بالبينتين كذا هنا وان لم يكن لهما بينة وحلفا فانهما ان نكل لزمه دعوى صاحبه وان حلفا والجارية مجهولة انها
للمقر له سلمت الجارية للمشتري والبايع ضامن لقيمتها اما سلامة الجارية للمشتري بالثمن لانهم تصادقوا على جواز
شرايها لكان كان البايع او وكيلا واما ضمان قيمة الجارية فلانهما لما حلف ولم يثبت ما ادعى كل واحد منهما صار
المقر قابضا الجارية وبايعا ومسلما بغير اذنه وانه سبب للضمان فصار ضامنا للجارية لانه متى لم يثبت
الوكالة وجب عليه رد الجارية وقد تعذر على الضامن ردها على المقر له بفعله وهو البيع والتسليم لا باقرار
المقر له لو جحد الاذن والوكالة وقال الجارية جاريتي ولم يقر انه باع منه لا يتمكن من اخذها من المشتري
لان بيع المقر الجارية من المشتري قد نفذ من حيث الظاهر اذا لم يعرف انها كانت للمقر له فان
قيل كيف يضمن المقر وان المقر له تصادقا انه لا ضمان عليه لان المقر يدعي الوكالة والمقر له يدعي البيع
منه قيل له نعم ان لو ثبت ما ادعى كل واحد منهما على صاحبه ولم يثبت لما حلفا واذا لم يثبت كان مسلما
جارية الى غيره بغير اذنه واذا ضمن قيمة الجارية للمقر له كان الثمن للمقر لانه وان لم يتملك الجارية باد ا
الضمان لانه زعم انه باعها من المشتري باذنه فكيف يكون مالكا لها لكن قام مقام المالك الاول
وان تعذر اظهاره في ملك المبدل كغاصب المدبر اذا ضمن القيمة للمالك ان لم يملك المدبر باداء الضمان
لانه غير قابل للنقل لكن قام مقام المالك في ملك بدله حتى يرجع على من غصب منه وكذا شاهدي
الكتابة اذا رجعا وضمنا القيمة للمولى كان لهما ان يرجعا على المكاتب ببدل الكتابة وان لم يملكا المكاتب
كذلك هنا هنا اذا كانت الجارية مجهولة لا تعرف انها للمقر فان كانت معروفة بانها للمقر له فلا
ضمان على البايع والمقر له بالخيار ان شاء اخذ الثمن وان شاء ترك ويكون موقوفا في يد البايع
حتى يعود الى تصديقه والجارية سالمة للمشتري اما سلامة الجارية للمشتري فلانهما مع اختلافهما
تصادقا ان الجارية للمشتري واما عدم الضمان على المقر فلانه انما تعذر رد الجارية بفعل وجد ممن
له الضمان وهو اقراره ببيع الجارية من المقر الا ترى انه لو لم يقر بذلك كان يتمكن من اخذ الجارية وتعذر

الرد اذا كان يفعل من له الضمان بين الضامن عن الضمان بخلاف ما اذا كانت مجهولة واما توقيف الثمن في
يد المقر الى ان يصدقه المقر له فلان المقر اقر ان اقراره الثمن ملك المقر له والمقر له كذبه فكان موقوفا
الى ان يعود المقر له الى تصديقه لان المقر مصر على اقراره بعد ما كذبه اولانه انما اقر له بثمن الجارية بسبب
البيع والبيع لا ينفسخ بجحود المقر وحده فكذا ما ثبت بسببه فمتى كان مصرا على اقراره فاذا عاد الى تصديقه
امكنه الاخذ بخلاف ما لو اقر له بالمال ابتدا وكذبه ثم عاد الى تصديقه فانه ليس له حق الاخذ ما لم يصدقه
المقر لان رد الاقرار يقربه المقر لانه لا يتضمن فسخ عقد حتى يتوقف على قبول الاخر بخلاف ما اذا تضمن
الفسخ لان العقد حقهما فلا ينفرد احدهما بفسخه اما المقر به حق المقر فينفرد هو برده الا ترى انه
لو ادعى البيع وانكر الشرا لا ينفسخ بجحوده حتى لو اقام المدعي البينة قضى بالبيع فانهما وجد التصديق من المنكر
حال قيام العقد ولهذا لو استحلفه فابى يثبت البيع فاذا اقر اولى ان يثبت ولم يذكر محمد في هذا الفصل وهو ما اذا كانت
الجارية معروفة انه هل يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه واختلف المشايخ فيه منهم من قال يحلف لان
المعنى لا يوجب الفصل بين المعروفة والمجهولة وهو كون كل واحد منهما مدعي ومدعى عليه واستشهدوا
هذا القايل بمسالة الكتابة التي ذكرها عقيب هذه المسالة وهو ان المقر لو لم يبع الجارية لكن كاتبها ثم
اختلف المقر والجارية معروفة انها للمقر له فانه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وان كان
المقر لا يدعي براءة نفسه عن ضمان قيمة الجارية لانه لا يضمن قيمة الجارية لكن لما كان يدعي الوكالة
والاذن والمقر له ينكر والمقر له يدعي مائة دينار وهو ينكر التحالف ومنهم من قال لا بل في مسالة البيع
يحلف المقر على دعوى المقر له ولا يحلف المقر له على دعوى المقر وهو الصحيح نص على هذا محمد في اخر
الجامع لان المقر له يدعي على المقر مائة دينار وانكر المقر فلا بد من تحليفه فاما المقر لا يدعي براءة نفسه
عن الضمان فلا معنى له لتحليف المقر له قولهم بانه يدعي الوكالة والاذن قلنا المقصود من دعوى الوكالة
والاذن براءة نفسه عن الضمان فاذا لم يكن عليه ضمان قيمة الجارية لا معنى لدعوى الوكالة والاذن وفي
مسالة الكتابة اذا كانت الجارية معروفة فالمقر له لا يحلف على دعوى الوكالة والاذن وانما يحلف على
دعوى العبد فان العبد يدعي على المقر له العتق باداء بدل الكتابة والمقر له ينكر فيحلف على هذه الدعوى اما هنا
المقر له لو حلف انما يحلف اما على دعوى المقر او على دعوى المشتري لا وجه الى الاول لما قلنا ولا وجه الى
الثاني فان المشتري لا يدعي عليه حقا ولو ان البايع لم يبع ولكن كاتبها والجارية مجهولة لا يعلم انها للمقر له
فالكتابة جايزة لانهما تصادقا على جوازها ما لكان كان المباشر او وكيلا واذا ادت عتقت بريد به ادت
الى المقر وعلى المقر القيمة للمقر له اما العتق بالادا فلان الكتابة نفذت منه من حيث الظاهر فيعتق عليه
ويكون الولا له ولا يصدق على نقل ذلك الى غيره واما وجوب القيمة عليه للمقر له فلما قلنا في البيع ويكون بدل
الكتابة له لما قلنا في البيع ولم يذكر محمد التحالف في مسئلة الكتابة في هذا الفصل وينبغي ان يحلف كل واحد منهما على دعوى
صاحبه لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه كما في البيع ولم يذكر اذا ادت الى المقر له هل يعتق ام لا بل اطلق ولم يتعرض للادا
الى المقر او المقر له وذكر في الزيادات مجهول النسب اذا اشترى عبدا فكاتبه ثم ان المكاتب اشترى امة فكاتبها ثم اقر المجهول
انه عبد للمكاتبة وصدقته المكاتبة وكذبه المكاتب صح اقراره في حق نفسه فيصير عبدا للمكاتبة ولا يصح في حق المكاتب والمكاتبة مكاتبة
على حالها والمكاتب مكاتب على حاله واذا بقيت الكتابتان يودي المكاتب بدل الكتابة الى المكاتبة فيعتق لان بدل

لان بدل الكتابة في ذمة المكاتب كان للمجهول فاذا اقر بالرق صار هو وجميع مكاسبه للمكاتبة ولا ضرر للمكاتب في ذلك
فيودي الى المكاتبة فيعتق وان ادى الى المجهول هل يعتق لم يذكر في الكتاب واختلفوا فيه قال بعضهم يعتق لانه كان يعتق
بالادا اليه قبل الاقرار فلا يبطل ذلك باقراره وقال بعضهم لا يعتق واليه مال شمس الايمة الحلواني والقاضي علي السغدي
لانه لما بقيت الكتابتان وصح اقراره بالرق فجعل كان المجهول كان وكيلا في الكتابة فلا ترجع اليه الحقوق فلا يعتق بالادا
اليه ويجعل كانه امانة المجهول وانما يبطل اقراره فيما يبطل على الغير حقا مقصودا ومقصود المكاتب العتق وهو حاصل
له في الحالين والفرق ان ثمة لما اعتبرنا اقرار المجهول وصار رقيقا لا بد من اعتبار جهة النيابة في تصرفه فلا ترجع
الحقوق اليه وفي مسالتنا لم يترجح الموجب للنيابة في تصرف المقر فيرجع الى العاقد وهو المقر هذا اذا كانت الجارية
مجهولة لا تعرف انها للمقر وان كانت معروفة ويعلم انها للمقر له يتحالفان لما ذكرنا في الرق فان نكل المقر له
ظهرت الكتابة من قبله فاذا ادت بدل الكتابة اليه عتقت وان حلفا وحلفا فسخت الكتابة وان اتفق المقر له
والجارية جوازا الكتابة لانها عجزت عن ادا بدل الكتابة الى من وجب الادا اليه لانها لو ادت الى المقر له فالمقر له
يقول ما كاتبتك ولا كاتب وكيلي وان ادت الى المقر فهو يقول كنت وكيلا في كتابتك وقبض بدل الكتابة
الى الموكل لا الى الوكيل والمكاتب متى عجز عن ادا بدل الكتابة تبطل الكتابة الا ترى انه لو وقع العجز من
قبل المودي يبطل فكذا اذا وقع من جهة المودى اليه الا ترى انه لو اشترى عبدا ثم ادعى ان البايع كان كاتبه
وحلف البايع تبطل الكتابة لما ذكرنا كذلك هنا فرق بين الكتابة وبين البيع في هذا الفصل وان تحالفا والفرق
ان المشتري لم يعجز عن ادا الثمن فانه يودي الى المقر لا محالة وليس له ان يقبل لانه مالك او وكيل وكيف
ما كان فالحقوق ترجع اليه ومتى فسخت الكتابة عادت الجارية الى المقر له يبيعها ويصنع بها ما شاء فان قيل كيف
تعود الجارية الى ملك المقر وانه اقر انه باعها من المقر اقصى ما في الباب انه جحد الا ان البيع لا ينفسخ بجحود
احد المتعاقدين فيبقى ملك المقر في زعمه قيل له تاويل ما قال محمد اذا عزم المقر له على ترك الخصومة والبيع فانه
متى عزم على ذلك وقد جحد المقر البيع ينفسخ البيع فتعود الجارية الى ملك المقر له الا ترى انهما لو تجاحدا ينفسخ
البيع وهذا لان انكار المشتري فسخ للعقد من جانبه لانه يتكرر العقد بينهما في الزمان الماضي وفيه ضرورة
انتفاء العقد في الحال فيجعل كلامه دفعا فاذا عزم البايع على ترك الخصومة وامساك الجارية فقد ساعده
في الفسخ بتراضيهما الا ترى ان البيع ينعقد بالتعاطي باعتبار الرضا من الجانبين فكذا الفسخ ولو كان
الذي كاتب الجارية في يده اعتقها او دبرها او استولدها ثم اختلفا اما في الاعتاق يقول عتقت الجارية
سواء كانت مجهولة انها للمقر له او معروفة لاتفاقهما على العتق ثم ان كانت مجهولة ضمن المقر قيمتها للمقر له
يريد به بعد ما حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لما ذكرنا في البيع والكتابة لان التعذر ما جاء من جهة المقر له
الا ترى انه لو انكر البيع لا يتمكن من اخذها وولاوها للمقر لان سببه وهو العتق نفذ من جهة المقر ظاهرا
فلا يصدق على نقل الولا منه الى غيره وان كانت معروفة فلا ضمان على المقر لانه تعذر الاسترداد من جهة
المقر له الا ترى انه لو لم يدع البيع كان له ان ياخذها وولاوها موقوف لان كل واحد منهما يقر بالولا به
لصاحبه وصاحبه ينكر ولم يثبت ولاوه من جهة المقر من حيث الظاهر في هذا الفصل فيكون موقوفا الى ان
يرجع احدهما الى تصديق صاحبه كالمشتري اذا ادعى على البايع انه كان اعتقه وانكر البايع عتق ويتوقف
الولا كذلك هنا وهل يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه اما في البيع يحلف المقر على دعوى المقر له وهو

دعوى البيع بمائة دينار وهل يحلف المقر له ينظر ان ادعت الجارية الولاء عليه يحلف على دعوى الجارية الولاء والا
فلا واما اذا دبرها فهي مدبرة بكل حال لما قلنا لكن ان كانت مجهولة فهي مدبرة من جهة المقر ويضمن قيمتها
وتعتق بموته ويكون الولاء له وان كانت معروفة فهي مدبرة موقوفة وايهما مات عتقت اما المقر فلانهما تصادقا
على عتقها بموت المقر اما المقر له فانه يقول بعتها منه وقد دبرها وهي مملوكة له واما المقر فانه يقول انها مدبرة المقر له
لكن المقر له لما ادعى انها مدبرة فقد علق عتقها بموتي ايضا وهو مالك لها فصح منه التعليق واما المقر له
فلانهما تصادقا على عتقها ايضا بموته اما المقر فلانه يقول دبرتها باذنه فصارت مدبرة له واما المقر
له فلانه يقول علق عتقها بموتي كما قلنا ولان ايهما مات اولا فالحي يزعم انها تعتق بموته لانها مدبرته والولاء
موقوف الا ترى انه لو اشترى عبدا ثم ادعى ان البائع كان دبره وانكر وحلف يعتق بموت اخرهما كان ويوقف الولاء واما الا
الاستيلاد فصورته اذا ادعى المقر انه زوجها منه فاستولدها بالنكاح وقال المقر له بل بعتكها واستولدت
بملك اليمين ولي عليك الثمن اما التوكيل لا يتصور في الاستيلاد ثم الجواب انه صح استيلاده في الفصلين
جميعا لانهما تصادقا على صحة الاستيلاد وبيان النسب وحرية الولد اما المقر له فلانه يقول استولدتها
بالنكاح والولد علق رقيقا مملوكا للمقر له الا انه اقر بعتقه وهو مالك له فيصح اقراره لكن ان كانت مجهولة وهي
ام ولد له ويضمن قيمتها وان كانت معروفة فهي ام ولد موقوفة لما قلنا في التدبير ولا ضمان عليه
ويأخذ المقر له العقر قضاء عن الثمن بما كان اقل يجب ذلك فاذا مات المقر عتقت ولا
يعتق بموت المقر له لانهما تصادقا على عتقها بموت المقر اما المقر له فلانه يقول ام ولد مات
مولاها واما المقر فانه يقول استولدتها بالنكاح وانها امة المقر له لكن لما زعم انها ام ولدي
نفذ علي عتقها بموتي فتعتق بموتي بحكم التعليق لا بالاستيلاد ولم يتصادقا على عتقها بموت المقر له
اما المقر فلانه يقول استولدتها بحكم النكاح وقد علق المقر له عتقها بموتي ولم يتحقق موتي و
واما المقر له يقول ام ولد المقر ولم يمت المقر ولو ادعى الذي كانت الجارية في يده انه كان اودعها
اياه وانه امرها ببيعها فباعها من فلان بالف درهم وماتت في يده وقال المقر نعم كانت في يدك وديعة
لكنها بعتها منك بمائة دينار ولي عليك الثمن فانه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لما
ذكرنا واذا حلفا يضمن قيمتها للمقر له سواء كانت معروفة انها كانت للمقر له او مجهولة اما اذا كانت
مجهولة فلما ذكرنا في المسائل المتقدمة واما اذا كانت معروفة فلانه وضع المسالة هنا فيما اذا كانت ميتة
واذا كانت ميتة فتعذر الاسترداد ما جاء من جهة المقر له الا ترى انه لو انكر البيع لا يتمكن من
استردادها لموتها بخلاف ما تقدم لانها قائمة ولولا دعوة البيع يتمكن من استردادها فكانت
التعذر من المقر له ولان هنا اقر بسبب الضمان وهو تسليط الغير على الوديعة بالبيع والتسليم و
ذلك في الوديعة سبب الضمان فانها تضمن بالتضييع ثم ادعا مبريا وهو الاذن ولم يثبت الاذن فان قيل
فيما تقدم ايضا اقر بسبب الضمان وهو دفع مال الغير فانه ذكر في الكتاب باعها ودفعها اليه ادعى مبريا
فينبغي ان يضمن قلنا ذكر في عامة الروايات وقبضها منه وهو الصحيح الا انه قبض عن تسليط والقبض
عن تسليط لا ينعقد سببا للضمان في الوديعة لا في غير الوديعة فافترقا **باب
الشهادة في البيوع من اثنين على واحد** اصل الباب ان البينة حجة من حجج الشرع يجب العمل بها ما امكن والدعوى

والدعوى متى وقع في البيع بثمن معلوم من اثنين على واحد ان كان المبيع مسلما الى المشتري يكون دعوى الثمن
فيقضي لكل واحد منهما بجميع الثمن وان لم يكن في يد المشتري وكان في يد البايعين وقد اقام كل واحد منهما بينة على
ادعى يقضي لكل واحد منهما بنصف الثمن الذي ادعى وان كان في يد احد البايعين يقضي بجميع الثمن للبايع الذي
لم يكن المبيع في يده ولا يقضي للاخر بشيء اما الاول فلان المبيع اذا كان مسلما الى المشتري لا يستحق كل
واحد منهما نصف ما باع صاحبه ببينته لان كل واحد منهما يدعي الثمن فكان حاجته الى اثبات الملك
في الثمن لا الى اثبات الملك في المبيع لان ذلك انما يحتاج اليه لاجل التسليم وبينة المدعي انما تقبل
فيما يحتاج اليه فاذا لم تسمع على اثبات الملك في المبيع لم يصر كل واحد منهما مستحقا عليه في شيء من المبيع
بقي جميع الثمن مستحقا لكل واحد منهما وان كان المبيع واحدا وهذا لان كل واحد منهما يدعي دينا مؤكدا
مقابلا بمبيع واحد مسلم واجتماع الثمن في ذمة المشتري الواحد بسبب مبيع واحد للبايعين على الترادف جائز
وان كان لا يتصور على سبيل الاجتماع فيقضى لكل واحد منهما بجميع ما ادعى ولهذا لو ادعى كل واحد منهما انه
عبده ولد في ملكه باعه منه بالف درهم وادعى الاخر انه عبده مطلقا باعه منه بمائة دينار واقاما البينة يقضى
لكل واحد منهما بجميع ما ادعى من الثمن بخلاف ما اذا لم يكن المبيع مسلما لان كل واحد منهما يدعي ثمنا
موقوفا على التسليم ولان الدعوى في الصورة الاولى في الثمن فحسب لان غرضهما ذلك وفي الصورة الثانية
في الثمن والملك جميعا الا ترى ان كل واحد لا يستحق ما قصد اثباته الا بتسليم ما يقابله الثمن وذلك لا يتاتى
الا بولاية انما تكون بالملك فكان الدعوى واقعا في المبيع والقضاء بملك المبيع لكل واحد منهما على سبيل
الكمال ممتنع ولانه لما احتاج كل واحد منهما الى اثبات الملك لنفسه للتسليم والعين في اليد
بهما صار كل واحد منهما مستحقا عليه في النصف الذي في يده ببينة صاحبه لانه ذو اليد وصاحبه
خارج صار كل واحد منهما بايعا النصف فيستحق نصف الثمن واما اذا كان في يد احدهما فلان بينة الخارج
مسموعة لا غير لانه يحتاج الى اثبات الملك للتسليم وهو خارج وصاحبه ذو اليد وبينة الخارج مقدم
على ذي اليد فيقضي بالملك ولا يستحق ذو اليد شيئا وحرف اخر ان المشتري ممنوع عن الحاق الضرر
بالبايع برد بعضها اشترى اذا كان المبيع مما يضره التفريق او حدث به عيب عنده ووجد به عيبا
عندنا وقال ابن ابي ليلى يرده ويرد معه نقصان العيب الحادث عنده وفي شرح الكرخي قول مالك مكان
قول ابن ابي ليلى لان رد البدل عند تعذر رد العين بمنزلة رد العين وان باع البعض له ان يرد الباقي
الا ان يشاء البايع ان يرد عليه النقصان لكنا نقول حق الرد للمشتري انما ثبت لدفع الضرر عن نفسه
وانما يدفع الضرر عن نفسه بطريق لا يلحق الضرر فيه بالبايع وبعدما تعيب عنده لو ردها كان فيه
الحاق الضرر بالبايع ولا يقال لا بد من الحاق الضرر باحدهما فترجح جانب المشتري في دفع الضرر
عنه لان البايع دلس له العيب والمشتري صار مغرورا من جهته لانا نقول الشرع ينظر لهما جميعا
والضرر عن المشتري يندفع اذا اثبتنا له حق الرجوع بحصة العيب من الثمن فان لم يندفع فذلك لعجزه
عن الرد كما قبض لا لتصرف باشره البايع ولو رده تضرر البايع بتصرف باشره المشتري وهو رده فكان
مراعاة جانب البايع اولى ولو اذا لم يرده هل يرجع بنقصان العيب ان كان امتناع الرد من جهة الشارع
كما بينا في الابواب المتقدمة او لفوات المحل بالموت يرجع وان كان امتناع الرد بفعل من جهة المشتري ان كان

بفعل غير مضمون ولم يصل اليه البدل يرجع وان كان بفعل مضمون لا يرجع وعن ابي يوسف يرجع بالنقصان في القتل لانه
موت باجل فكانه مات حتف انفه وفي ظاهر الرواية لا يرجع لان القتل فعل مضمون لو باشر في ملك الغير يجب الضمان
فانما استفاد البراة عن الضمان بملكه فيه وذلك بمنزلة عوض سلم له فكانه باعها بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب
للضمان على الاطلاق لانه في ملك الغير لا ينفذ من احد الشريكين وان نفذ فلا يتعلق به الضمان على الاطلاق
حتى اذا كان معسرا لا يضمن شيا فلم يستفد عوضا عن ملكه واذا مات لم يوجد منه فعل اصلا وعلى هذا لو لبس
الثوب حتى تخرق او اكل الطعام ثم علم بالعيب لم يرجع بشي عند ابي حنيفة وعندهما يرجع بالنقصان
استحسانا لانه صنع بالمبيع ما يشترى لاجله ويعتاد فعله فلا يمنعه من الرجوع كما لو اعتق ولابي حنيفة
انه تعذر الرد بفعل مضمون فلا يرجع كالاحراق والقتل وكما ان الاكل واللبس مقصود بالشرا فالبيع
مقصود ثم لا يعتبر ذلك في الرجوع بالنقصان السلامة العوض له فكذلك الاكل وان اكل بعضه ثم علم
بالعيب فكذلك عند ابي حنيفة بمنزلة ما لو باع بعضه لان الطعام في الحكم كشي واحد فلا يرد البعض
دون البعض وعن ابي يوسف ومحمد روايتان في احديهما يرجع بنقصان العيب في الكل لان
الطعام في حكم شي واحد فلا يرد بعضه واكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالنقصان فاكل البعض
اولى وفي الرواية الاخرى يرد ما بقي لان هذا مما لا يضره التبعيض وهو قادر على الرد كما قبضه
ويرجع بنقصان العيب فيما اكله وبعد بيع البعض عنهما روايتان ايضا في احديهما لا يرجع بشي كما
هو قول ابي حنيفة لان الطعام في حكم شي واحد فبيع كبيع الكل وفي الرواية الاخرى يرد ما بقي
لانه لا يضره التبعيض لكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما باع بخلاف الاكل اعتبارا للبعض بالكل
وعند زفر يرجع نقصان ما بقي في ملكه في البيع ايضا اعتبارا للبعض بالكل اذا عرفنا هذا قال محمد
رجل في يده عبد او دار اقام رجل البينة انه باعه من الذي في يده بالف درهم واقام اخر البينة انه
باعه منه بمائة دينار فالشرا لازم للمشتري وعليه لكل واحد منهما الثمن الذي ادعاه هكذا ذكرها وذكر
بعد هذا في الباب الطويل عبد في يد مكاتب جاحد وادعى انه باعه منه بالف درهم وادعت امراه
انها باعت منه بمائة دينار وانكر المكاتب واقاما البينة يقضي واحد منهما بنصف الثمن الذي ادعاه
ولا فرق بينهما قالوا ما ذكر ثمة قياس وما ذكرهنا استحسان وقيل ما ذكر ثمه قول محمد وما ذكرهنا قول
ابي حنيفة وابي يوسف وجه القياس ان كل واحد من البايعين محتاج الى اثبات الملك في المبيع
عند المنازعة وهنا ذو اليد منازع فصار كما لو كان المبيع في ايديهما او في يد ثالث ولان الثمن بدل
المبيع ولم يسلم له الا مبيع واحد فلا يجب عليه الا ثمن واحد الا ترى انه لو تنازع اثنان في مكاتب
اقام كل واحد منهما البينة انه عبده كاتبه على الف درهم انه يجب لكل واحد منهما نصف بدل الكتابة
وجه الاستحسان ما ذكرنا في اصل الباب ولان المنازعة وقعت في الثمن وقصد كل واحد منهما
اثبات اقرار المشتري بالثمن لان كل واحد منهما اثبت كلامه بالشرا ولو اقر لكل واحد منهما بجميع
الثمن يقضي به كذلك هنا وهذا لان كل واحد منهما في الحقيقة ادعى الدين الا انه بين سبب الدين
واما مسالة الكتابة قال بعضهم على الروايتين ايضا وبعضهم فرق وقال حكم الكتابة يخالف
البيع لانه يجوز ان يجب على انسان ثمنان في مبيع واحد بعقدين مختلفين لانه يجوز ان يبيعه احدهما

احدهما منه ويسلم اليه قبل قبض الثمن وفي الكتابة لا يجوز ذلك لانه اذا كاتبه احدهما لا يخلو اما ان يعجز فتبطل
الكتابة او يودي فيعتق فلا يلزمه بعد ذلك كتابة اخرى وكذا لو اقام احدهما البينة ان العبد عبده باعه منه
بالف درهم واقام اخر البينة انه عبده باعه منه بمائة دينار لان المقصود ليس هو اثبات الملك
في العبد بل بيان السبب الصحيح لما ادعاه من الدين لانه انما يستوجب كل واحد منهما الثمن بسبب
بيع عبد مملوك له وكذا لو اقام احدهما البينة على النتاج والبيع والاخر يدعي الملك المطلق لا تترجح
بينة مدعي النتاج او اقام كل واحد منهما البينة على اقرار المشتري لان غرض كل واحد منهما
اثبات الثمن بالسبب الذي يدعيه لا اثبات الملك فان وجد المشتري بالعبد عيبا في هذه الوجوه
رده على ايهما شا وليس له ان يرده عليهما اما الاول فلان كل واحد من البايعين اقر ان للمشتري حق
الرد واسترداد الثمن منه والمشتري يزعم ان له حق استرداد الثمن من كل واحد منهما فكان له
ان يرد على احدهما ويأخذ الثمن منه ولانه اذا رد على احدهما فهو دليل ان اخر البيعين هذا والمدعي عليه بينا
في ذلك لانه يزعم انه باع منه جميع العبد فمتى رده عليهما يرد على كل واحد منهما النصف والشركة في
الاعيان المجتمعة عيب ولانا نعلم ان البيعين لا يقعان معا وعند الترادف يبطل حق الرد على اولهما
لتخلل الزوال عن ملكه فيما بين ذلك فان رد على احدهما ليس له ان يرجع بالنقصان على الثاني لانه
رده عليه اقرار منه ان بيعه كان اخر فيمنع الرجوع على الاول لتخلل القاطع ولان رده على احدهما بمنزلة البيع
في حق الاخر فصار كما لو اشترى شيئا فوجد به عيبا وباعه بطل حق الرجوع على البايع وهذا لما عرف ان حقه
في المطالبة بالجزء الغايب لان البيع يقتضي صفة السلامة الا انه متى عجز البايع عن تسليم صفة السلامة
ولم يوجد من المشتري امساك المبيع بيده او بدنا به ولم يصل اليه بدله حقيقة او حكما ولم يعجز نفسه عن الرد
مع التمكن منه برضى البايع او بغير رضاه يرجع بالنقصان جبرا لحقه وايضا لا له الى بدل حقه عند العجز عن
الاصل واخراجا للبايع عن عهدة ما وجب عليه فكان الرجوع بالنقصان بمنزلة البدل عن الرد ولهذا
لا يصار اليه ما لم يقع اليأس عن الرد حتى لو ابق العبد ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان لاحتمال التمكن من الرد
بالعود ولو باع ثم علم بالعيب او وهب لا يرجع ايضا اما الوصول البدل او التمكن من الرد بواسطة
المشتري بقضا القاضي او الرجوع في الهبة ولهذا لو اشترى ثوبا وقطعه لا يرد بالعيب الا برضى البايع
لان القطع نقصان بمنزلة العيب ولو باع بعدما علم بالعيب لا يرجع بالنقصان لان للبايع ان يقول
انا اقبله كذلك مبطلا للحق الاصلي وهو الرد باختياره ولو خاطه ثم وجد به عيبا يرجع بالنقصان ولو
باعه بعدما علم بالعيب يرجع ايضا لان وقت البيع حق الرد ممتنع ولهذا ليس للبايع ان يقول انا
اقبله كذلك فتعين حقه في النقصان وقت البيع فلا يصير بالبيع ممسكا والصبغ بمنزلة الخياطة
الا السواد عند ابي حنيفة لانه نقصان فصار بمنزلة القطع ولو اشترى ثوبا فقطعه ثوبا لولده
الصغير وخاطه ثم علم بالعيب لا يرجع بنقصان العيب ولو كان كبيرا يرجع لانه لما قطعه لولده
فقد وهبه منه ويد الواهب تقوم مقام يد الصغير فتمت الهبة بنفس الايجاب فكانت الخياطة
بعد الهبة فلا يرجع كما لو وهب لاجنبي وسلم ثم علم بالعيب اما اذا كان الولد كبيرا لا تتم الهبة
الا بالتسليم فكانت الخياطة على ملكه ويكون الامتناع بسبب الخياطة لا بحكم الهبة فيرجع بالنقصان

وفي شرح الكرخي وقد قالوا فيمن اشترى دارا فبناها مسجدا ثم اطلع على عيب لم يرجع بارشه لان ملكه زال عن المبيع بفعل مضمون الا ترى ان من فعل ذلك في دار في يده ثم اقر بها للغير كان في حكم الغاصب وقالوا اشترى ثوبا فكفن به ميتا ثم ظهر على عيب فان كان المشتري وارث الميت رجع بالارش لان مقدار الكفن لا يملكه الوارث من التركة وانما هو مستحق عليه فاذا اشتراه وكفن به فلم ينتقل الكفن عن الملك الذي اوجبه العقد وقد تعذر فيه الرد فيرجع بالارش وقالوا لو كفن بالثوب اجنبيا تبرع بتكفينه لم يرجع بارش العيب لانه لما ابتاع الثوب ملكه وبالتكفين زال ملكه عنه وزوال الملك بفعل مضمون يسقط الارش وذكر في موضع اخر انما لا يرجع لان القطع حصل على ملكه لان بالتكفين لم يزل ملكه لان الميت ليس باهل الابتداء الملك ولهذا لو نبش يكون ملكا للمتبرع لا للورثة ولو لم يرد العبد على احدهما حتى حدث به عيب عنده لم يقدر على الرد على كل واحد منهما لان شرط الرد قد فات وهو الرد كما قبض ولكن يرجع بنقصان العيب ويختار الرجوع في الابتداء على احدهما لان كل واحد منهما ادعى البيع فكان مقرا له بقدر النقصان فان رضي هذا البايع ان يرد عليه معيبا يرد لان امتناع الرد لاجله فاذا ارضي بزيادة العيب كان له ذلك وانقطع حقه عن الاخر ولا يرجع عليه بشي لانه خرج عن ملكه باختياره في حال يتمكن من الرد عليه برضاه وعدم تغير حقه في الارش وان ابى الاول ان يقبل ورجع عليه بنقصان العيب له ان يخاصم الاخر في العيب لما قلنا فان قبل يرد عليه وياخذ الثمن وليس له ان يمتنع من الرد ويرجع بالنقصان وان لم يقبل رجع عليه بنقصان العيب فصار الحاصل انهما ان لم يقبلا رجع على كل واحد منهما بنقصان جميع العيب لان الرد لم يمتنع لجهته وكل واحد منهما بقوله بحصته العيب وان قبل احدهما بطل حقه عن الاخر وفي الابتداء لو اراد الرجوع بنقصان العيب عليهما ليس له ذلك لان لاحدهما ان يقبل ولو مات العبد في يد المشتري ثم وجد به اصبعا زايدا رجع على كل واحد منهما بنقصان ذلك من الثمنين لان الموت ممتنع الرد كالعيب الحادث فصار هو والعيب الحادث عند المشتري عند عدم قبول البايع سوا وهذا لان الرجوع بنقصان العيب لاحتباس بعض المبيع عند البايع وهذا يمكن تحقيقه عند كل واحد منهما ولو كان العيب الذي حدث عنده قطع يد قطعها رجل اجنبي ووجب ارشها عليه ثم وجد به عيبا قديما له ان يرجع بالنقصان على كل واحد منهما ولا يستطيع احدهما ان ياخذه لان امتناع الرد لحق الشرع وهو الزيادة المنفصلة لان الارش بمنزلة الولد وكذا لو وطيها اجنبي بشبهة حتى وجب العقد ولو وطيها بزنا لا يردها الا برضى البايع لانه عيب بمنزلة عيب اخر ولا يوجب الا الحد بخلاف ما اذا كان بشبهة ووزان الارش والعقر النكاح فان المشتري لو زوجها ووطيها الزوج او لم يطاها ثم وجد بها عيبا لم يكن له ان يرد لمكان المهر الذي وجب للمشتري فان باعه بعد القطع له ان يرجع بالنقصان لان الرد كان ممتنعا على كل واحد منهما قبل البيع فلا يصير بالبيع ممسكا رجل في يده عبدا اقام رجل البينة انه باعه منه يوم الخميس بالالف واقام اخر البينة انه باعه منه يوم الجمعة بمائة دينار في ذلك الاسبوع فالشرا لازم بالثمنين للمشتري لانه لم يصر كل واحد من البايعين

من البايعين مستحقا عليه نصف ما باع متى كان المبيع مسلما الى المشتري كما لو لم يورخا ولا يتمكن المشتري من الرد على البايع الاخر وياخذ منه الثمن وان وجد به عيبا بعد ما تعيب عنده رجع بالنقصان على الثاني ولا سبيل له على الاول فرق بين هذا وبينما اذا لم يورخا والفرق ان في التاريخ الذي اقام البينة انه باع منه يوم الجمعة اثبت اقرار المشتري انه اشترى منه يوم الجمعة ومتى اقر بذلك فقد اقر انه انما تلقى الملك في العبد من البايع يوم الجمعة وان الملك الذي تلقاه من البايع يوم الخميس قد زال عنه الى البايع يوم الجمعة فصار مقرا انه لا خصومة له في الرد والنقصان مع البايع يوم الخميس وفيما اذا لم يورخا ايضا ثبت اقرار المشتري انه تلقى الملك من جهة البايع الاخر وان الملك الاول زال عنه الى البايع الاخر فيكون مقرا ببراة الاول عن الخصومة الا ان الاول لا يعرف من الاخر فصار المقر له بالبراة مجهولا والاقرار للمجهول باطل فصار وجوده وعدمه بمنزلة وكذا لو مات العبد في يده ثم وجد به اصبعا زايدا يرجع بالنقصان على الثاني عبد في يد رجلين اقام احدهما البينة انه باعه من هذه المراة بالف درهم واقام الاخر البينة انه باعه منها بمائة دينار ولم يقيما بينة على قبضها فانه يقضى عليها بشرا العبد نصفه بخمسين دينارا ونصفه بخمسمائة درهم لما ذكرنا ان دعوى البيع قبل القبض دعوى الملك فلا يقضى الا بعقد واحد منهما ثم يقضى باستحقاق الثمن لكل واحد منهما على تسليم العبد ولا يقدر كل واحد منهما الا على تسليم نصف العبد فلهذا لا يقضى لكل واحد منهما الا بنصف الثمن وتخير المراة لان كل واحد منهما اثبت البيع في الكل ولا يقدر على تسليم الكل فتغير شرط لزوم العقد في حق كل واحد منهما فيخير لهذا كما لو اشترى عبدا فاستحق نصفه قبل القبض او بعده ولو كانا اقاما البينة على البيع والقبض يقضى لكل واحد منهما بجميع الثمن لما قلنا لان المستحق على كل واحد منهما تسليم المبيع لا ادامته وقد اثبتنا ذلك ولو كان العبد في يد احدهما واقاما البينة على الملك والبيع ولم يقيما على القبض فالعبد الذي ليس في يده فياخذه ويدفعه الى المراة وياخذ الثمن الذي ادعاه لما ذكرنا في اصل الباب ولو اقاما البينة على البيع والقبض فالعبد لها وعليها البيان لهما سوا كان العبد في يدها او في يد احدهما لانه دعوى الثمن على ما ذكرنا في المبسوط دار في يد رجل ادعى رجل انه اشتراها منه بمائة درهم ونقده الثمن وادعى اخر انه اشتراها منه بمائتي درهم ونقده الثمن ولم يوقت واحدة من البينتين وقتا فلكل واحد منهما الخيار ان شا اخذ نصفه بنصف الثمن الذي ادعى وان شا ترك لانهما تصادقا ان الملك في الاصل كان لذي اليد وادعى كل واحد منهما الملك عليه بسبب الشرا وقد استويا في ذلك ولو استويا في اقامة البينة على الملك المطلق قضى بينهما نصفان كذلك هنا فان قيل قد تيقن القاضي بكذب احد الفريقين لان الشرايين على دار واحدة من رجلين من كل واحد منهما بكماله لا يتصور في وقت واحد فينبغي ان تبطل البينتان قلنا انهم شهدوا بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا ويتصور في وقتين من واحد لغير واحد من كل واحد منهما فكل واحد منهما اعتمد سببا اطلق له الشهادة فيجب العمل بها بحسب الامكان ولان البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد من وكيلي المالك وقد يضاف عقد الوكيل الى الموكل مجازا فلعل الوكيلين باعا معا فيقضى لكل واحد من المشتريين بنصفها ويتخير كل واحد منهما لتفرق الصفقة فان رضيا به فعلى كل واحد منهما

من الثمن بقدر ما يسلم له من المبيع وذلك النصف فان رضى به احدهما وابى الآخر فليس للذى رضى الا نصفه لان القاضى حين خيرهما فقد فسخ بيع كل واحد منهما فى النصف حين قضى به لصاحبه فلا يعود بيع احدهما بترك المزاحمة معه الا ان يكون ترك المزاحمة قبل ان يقضى القاضى بشىء فحينئذ يكون الدار للآخر بجميع الثمن لانه اثبت شراه فى الكل ولم ينفسخ القاضى بيعه فى شىء وانما كان القضا له بالنصف لمزاحمة صاحبه واذا زالت المزاحمة قضى له بالكل كالشفيعين اذا سلم احدهما قبل قضا القاضى او بعده ولو وقت كل واحد من البينتين وقتا قضيت بها لصاحب الوقت الاول لانه اثبت شراه فى وقت لا ينازعه الآخر فيه فاستحقها من ذلك الوقت فتبين ان الآخر اشتراها من غير المالك فكان باطلا وان وقتا احدهما ولم توقت الاخرى قضيت بها لصاحب الوقت لان شراهما حادث فانما يحال بحدوثه على اقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ فانما يثبت شرا الذى لم يوقت شهوده فى الحال وقد اثبت الآخر شراه سابقا فكان هو اولى بخلاف ما اذا ادعيا الشرا من رجلين ووقتا احدهما ولم يوقت الآخر يقضى به بينهما لان كل واحد هنا خصم عن بايعه فى اثبات الملك له وتوقيت احدهما لا يدل على سبق ملك بايعه فلعل ملك البايع الآخر اسبق فلهذا قضينا به بينهما فاما هنا اتفقا على الملك لبايع واحد فانما حاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه لا الى اثبات الملك للبايع وسبب الملك فى حق الذى وقت شهوده اسبق فكان هو بالدار احق وان كانت الدار فى يد احدهما ولم توقت واحدة منهما قضيت بها لذى اليد لان قبضه صادر عن العقد الذى اثبته بالبينة حملا لفعله على الصحة فكان شراؤه متاكدا بالقبض فيترجح به لمعنيين احدهما ان قبضه اقترن بعقده الآخر وهو صادر عن عقده فلا بد ان يكون عقده سابقا ولانه يحتاج الى اثبات الاستحقاق على ذى اليد كما يحتاج الى اثباته على البايع وليس فى بينته ما يوجب الاستحقاق على ذى اليد لجواز ان يكون عقد ذى اليد سابقا وهذا بخلاف ما اذا ادعيا الشرا من اثنين واحدهما قابض فان الخارج اولى لان كل واحد منهما يحتاج الى اثبات الملك لبايعه اولا فاجتمع فى حق البايعين بينة الخارج وبينة ذى اليد فكان بينة الخارج وبينة ذى اليد فكان بينة الخارج اولى فاما هنا لا يحتاج الى اثبات الملك للبايع لانه ثابت بتصادقهما انما حاجتهما الى اثبات سبب الاستحقاق وسبب القبض اقوى فكان اولى فان شهد شهود الخارج على وقت لم ينتفع به لا يمكن القابض من القبض دليل سبق عقده وهذا دليل معاين والتاريخ فى حق الخارج مخبر به وليس الخبر كالمعاينة ثم يد ذى اليد ثابت بيقين فلا ينقض الا بيقين مثله وبذكر الوقت شهود الخارج لا يزول احتمال سبق عقد ذى اليد فلا ينقض قبضه الا ان يشهدوا ان بيع الخارج كان قبل بيع ذى اليد فحينئذ يكون بيع الخارج اولى لان تقدم العقد ثبت بنص من شهوده وتبين ان القابض اشترى من غير المالك والله اعلم

باب شرا الظرف بما فيه موازنة وشرا الشيئين مما يكال او يوزن مكايلة او موازنة

اصل الباب ان القدر فيما يضره التبعيض يجرى مجرى الصفة وفيما لا يضره يجرى مجرى الاصل لان فى الوجه الاول وجد ماله حد الصفة لان حد الصفقة ما يوجب فواته عيبا بالباقى ولا يكون له حصة من الثمن قبل التناول كاليد والرجل فكذا القدر فيما يضره التبعيض ولهذا لا يجوز بيع الصفة كما لا يبيع اليد والرجل حتى لو باع ذراعا من الثوب او مثقالا من الابريق لا يصح الا ان هذا وصف قابل للانفصال ويحتمل ان يصير اصلا لانه بعد الانفصال مال متقوم بخلاف اليد والرجل ولانا لا نعنى قدرا معينا من المقادير وفيه قدر لا يجوز بيعه ايضا ولا يحتمل ما لا متقوما وفى الوجه الثانى وجد ماله حد الاصل لان حد الاصل ما لا يوجب فواته عيبا بالباقى من جنسه ويكون له حصة من الثمن قبل التناول كثوب من الثياب وعبد من العبيد فكذا القدر فيما لا يضره التبعيض وكهذا قالوا من اشترى قلب نصفه بذهب على ان وزنه عشرة فوجده احد عشر سلمت الزيادة له من غير ثمن كمن اشترى عبدا على انه اعور فوجده صحيح العين ولو وجده تسعة يخير المشترى ولا يطرح عنه شىء من الثمن كما لو اشترى عبدا على انه بصير فوجده اعمى وكذا فى المذروعات اذا اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده احد عشر او تسعة ولو اشترى نقرة بذهب على ان وزنها عشرة فوجدها احد عشر لا تسلم له الزيادة كما لو اشترى عدل زطى على انه خمسون فوجده احدا وخمسين ولو وجده تسعة يخير ولو اختار اخذه يطرح عنه حصة النقصان من الثمن وكذا فى المكيل ثم اذا اضاف الوزن الى الاصل والبيع او الى تبعيضه ضرر او الى ما ضرر فى تبعيضه لان الظاهر انه اراد به بيان الوزن فى الاصل والى ما ضرر فى تبعيضه لان ذلك يباع موازنة عرفا اما ان كان تبعا ولا يباع موازنة عرفا فالظاهر انه لا يقصد بيان وزنه الا ترى ان غرضه من بيان الوزن تقدير مالية المبيع فكان صرفه الى الاصل والى ما يعرف ماليته بالوزن اولى ومع الصرف الى ما قدر ماليته بالوزن ولان الصرف الى ما فى تبعيضه ضرر اولى لانه مفيد لانه لا يسلم له الا ذلك القدر وترد الزيادة ويطرح حصة النقصان الى ما فى تبعيضه ضرر لا يفيد لا يسلم له الزيادة ولا يطرح النقصان فيلغوا ذكر الوزن اقصى ما فى الباب انه يفيد التخيير الا ان هذا موجود فى الصورتين فالصرف الى ما ضرر فى تبعيضه مفيد واكثر فائدة فكان صرفه اليه اولى ومتى اضاف العقد الى شيئين متساويين فى الحكم مثل المكيلين او الموزونين او اشياء متساوية تقتضى المساواة بينهما فى القدر فى كل واحد منهما اصل وقضية الاضافة المطلقة المساواة اذا عرفنا هذا قال محمد رجل اشترى زق زيت بما فيه على ان فيه مائة رطل بظرفه بمائة درهم فوجده تسعين رطلا الظرف من ذلك عشرون رطلا والزيت سبعون كان النقصان من الزيت خاصة ويخير المشترى ان شاء اخذ بحصته من الثمن وان شاء ترك واذا اختار الاخذ يقسم الثمن على ثمانين رطل من الزيت وعلى قيمة الظرف فما اصاب الظرف لزم المشترى وما اصاب الزيت حط من ثمنه بقدر ما نقص وهو ثمن الثمن ويأخذه بما بقى جعل محمد النقصان من الزيت خاصة وجعل تقديره هذا البيع كان البايع قال بعتك هذا الزق والزيت الذى فيه على انهما جميعا مائة رطل على ان يكون وزن الزق ما يوجد والباقى الى تمام المائة من الزيت ولو صرح بهذا ووجد الزق مع الزيت تسعين ووزن الزق عشرون كان الباقى الى تمام المائة ثمانين فينبغى ان يكون الزيت ثمانين رطلا فاذا وجده سبعين انتقص ثمن المبلغ فيطرح ثمن الثمن من حصة الزيت وهو ثمنه لان العشرة من الثمانين قدر الثمن ويخير المشترى لانه تغير عليه شرط عقده لم يجعل محمد المقدار المضاف اليهما

نصفين وان اضاف المقدار اليهما على السواء وهذا يوجب انقسام المقدار عليهما نصفين كما لو اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة وكما لو اضاف الى مكيلين او موزونين لما نذكر في اخر الباب وانما جعل المكمل المائة من الزيت لا يتبعيض وهو المقصود في العقد لان المقصود الاسترباح وذلك انما يحصل بزيادة الزيت ويباع وزنا بخلاف الظرف فكان صرف النقصان اليه اولى ولان الوزن في الزق صفة والعقد يتعلق بالعين بالصفة الا ترى انه لو اشترى زقا على انه خمسون رطلا فوجده اكثر سلمت الزيادة للمشترى ولو وجده انقص يخير المشترى من غير حط الثمن كما في المذروعات اما الكيلي والوزني يتعلق العقد بقدره الا ترى انه لو اشترى زيتا على انه خمسون رطلا فوجده اكثر ترد الزيادة على البائع ولو وجده انقص يحط حصته من الثمن ويخير فكان صرف النقصان الى الزيت اولى لانه لا عبرة للوزن في الزق فيقع على المشار اليه وصار كانه في الابتدا ذكر الزق عشرين رطلا على ما هو عليه والزيت ثمانين رطلا فصار الظرف معرفا لمقدار ما دخل من الزيت في البيع فاذا ظهر ان الزق عشرون تبين ان الداخل في البيع من الزيت ثمانون فان قيل وجب ان يفسد العقد فيما كان موجودا من الزيت وان كان حصته من الثمن معلوما بان سمى لكل رطل ثمنا عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه صار بايعا موجودا ومعدوما صفقة واحدة فيفسد العقد في الكل كما لو اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما هروي والاخر مروي وبين حصة كل واحد منهما من الثمن يفسد العقد في الكل عند ابي حنيفة وكذا لو اشترى وصيفين فاذا احدهما وصيفة ان اجمل الثمن فسد البيع فيهما لان احدهما لم يدخل في العقد لان الذكر مع الانثى من بني ادم جنسان مختلفان فكانت العبرة للمسمى فلم يدخل احدهما في العقد بمنزلة الجمع بين الحر والعبد فبقي العقد في الاخر بحصته من الثمن ابتداء وان فصل جاز في الذي وافق الشرط هكذا اطلق في الزيادات واكثر المشايخ ان هذا قولهما اما على قول ابي حنيفة لا يجوز لان فساد العقد في احدهما بسبب العدم مثل الفساد بسبب الحرية فيتعدى كذلك هنا لانه جمع في الزيت بين الموجود والمعدوم قيل لما ذكر في الكتاب قول محمد اما على قول ابي حنيفة ينبغي ان يفسد البيع في الكل اصله ما ذكر في البيوع اذا اشترى عدل ان فيه خمسين ثوبا بالف درهم فوجده تسعة واربعين او احدا وخمسين فالبيع فاسد لان الداخل في العقد العدد المسمى فاذا وجده اكثر يلزمه رد الزيادة وذلك مجهول وبجهالته يصير المبيع مجهولا فان وجده انقص يفسد العقد لجهالة الثمن لان الثمن ينقسم على قيمة الموجود والمعدوم ولا يدري صفة المعدوم فيفسد في الموجود لجهالة الثمن وان سمى لكل ثوب عشرة دراهم فوجده احدا وخمسين يفسد ايضا لان العقد تناول خمسين فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول فيصير مجهولا وان وجده تسعة واربعين وقد قبض او لم يقبض كان البيع جايزا لان الموجود معلوم والمسمى بمقابلته من الثمن معلوم فيجوز ويتخير المشترى لتفرق الصفقة بنقصان ثوب فيما سمى واكثر مشايخنا يقولون بان هذا الجواب قولهما اما عند ابي حنيفة فسد العقد كله لانه فسد بعضه بفساد قوي اذ لا سبب لبطلان البيع اقوى من عدم المقصود عليه واستدلوا بما ذكرنا من مسالة الثوب المروي والمروي وهو المنقول عن ابي اسحاق الحافظ ان هذا قولهما وما ذكر في الكتاب انه يخير قولهما وذكر في الزيادات والاصح عندهما في الذي

في الذي وافق الشرط ان كان قبل القبض له الخيار لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان بعده لا خيار له كما في الرد بالعيب قال شمس الائمة السرخسي والاصح عندي ان هذا قولهم جميعا لان ابا حنيفة في نظاير هذه المسالة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهو انه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا القبوله في الاخر وهذا لا يوجد هنا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد ايراد العقد عليه وانما لا يوجد هنا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد ايراد العقد عليه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في القدر بخلاف مسالة الزيادات فان هناك جعل قبول العقد في كل واحد من الثوبين شرطا في قبوله في الاخر وهو شرط فاسد وهذا في المكيلات والموزونات اظهر فانه لو اشترى مكيلا او موزونا على انه كذا بمائة درهم فوجده انقص يجوز البيع بالاجماع ولو كان بطريق الجمع بين الموجود والمعدوم لا يجوز فان قيل في مسالتنا اذا كان النقصان مصروفا الى الزيت وجب ان يثبت الخيار للمشترى لانه لا يجب فيما بقي من الزيت بفوات البعض قيل له الخيار ما ثبت لاجل العيب وانما ثبت لاجل تفريق الصفقة عليه قبل التمام لمن اشترى عبدين فمات قبل القبض او استحق او اشترى عشرة اقفزة بعينها فاستحق خمسة منها قبل القبض يخير المشترى كذلك هنا فان قيل لماذا لا يؤمر البائع بتكميل الزيت حتى لا يتفرق على المشترى ولا يجبر قلنا لانه لو امر بذلك يصير بايعا موجودا ومعدوما الا على وجه السلم فيفسد العقد فان وزن المشترى فوجد مائة رطل الظرف اربعون والزيت ستون فان كان الظرف لا يبلغ وزنه هذا القدر يخير المشترى ان شاء اخذ ذلك بالثمن كله وان شاء تركه لان البيع يقتضي تسليم المعقود عليه سليما عما يعده التجار عيبا فيما بينهم وثقل الظرف على وجه لا يكون ذلك في مبايعات الناس مما يعد عيبا لانه يوجب نقصانا فيما هو المقصود بالعقد وهو الزيت ولان ذلك بمنزلة الخيانة منه لان المعروف عرفا كالمشروط شرطا كما في نقد البلد والوزانة ولو كان شرط ان يكون الظرف ما في العادة بين الناس فوجده اثقل كان له الخيار كذلك هنا وان وزنه فوجده بمائة وخمسين الظرف مائة فالبيع فاسد لان المقصود عليه من الزيت ما يبقى بعد وزن الظرف الى تمام المائة فاذا استغرق الظرف الوزن كله فقد انعدم ما هو المقصود عليه في بيع الزيت فيفسد البيع في الزيت لعدم المقصود عليه وفي الزق لجهالة ثمنه ولانه لا وجه الى صرف العقد كله الى الظرف لانه لم يشتر الظرف وحده ولا الى ظرف البيع اليهما لانه لم يشتر اكثر من مائة ولا الى ادخال بعض الزق لان العقد تناوله لا قدره لان قدره صفة له فصار المبيع بحال لا يتوصل اليه المشترى بوجه من الوجوه ولو امكن الوصول اليه في الجملة وتعذر في الحال بان باع الابق والحمل في البطن او اللحم في الشاة لا يجوز فهذا اولى وان وزنه فوجده مائة عشرين رطلا الظرف من ذلك عشرون لزم المشترى الظرف وثمانون رطلا من الزيت بالثمن كله لانه اشترى من الزيت ما بقي بعد وزن الزق الى تمام المائة وذلك ثمانون رطلا ويرد الباقي الا ترى انه لو انتقص كان النقصان من الزيت فاذا ازداد كانت الزيادة منه لما ذكرنا من المعنى وكذا لو اشترى ظرفا على حدة وزيتا على حدة على انهما مائة رطل فالجواب ما ذكر في الظرف لان ما ذكرنا من المعنى لا يتفاوت رجل اشترى زيتا في ظرف وسمنا في ظرف بغير ظرف على انهما رطل فوجد الثمن اربعين والزيت ستين قال يقسم الثمن على خمسين رطلا من الزيت وخمسين رطلا من الثمن

فما اصاب السمن حط عنه ثمن عشرة ارطال وما اصاب الزيت اداه واحد وخمسين رطلا وللمشتري الخيار
بين الاخذ على ما ذكرنا وبين الترك لانه اضاف قدر المائة الى المالين والمالان في حكم الوزن سواء فتقسم المائة
على المالين نصفين فصار بايعا السمن على انه خمسون رطلا وقد انتقص خمس المبيع فيطرح عنه خمس ثمنه
وازداد عشرة ارطال في الزيت والوزن فيه اصل فيرد الزيادة يلزمه الباقي بجميع الثمن كما لو اشترى كل واحد
منهما في صفقة على حدة بخلاف مسالة اول الباب لان هنا استوى المالان في حكم الوزن فلم يكن احدهما
بالبداية في حق الوزن باولى من الاخر فينقسم عليهما نصفين لاجل المعارضة وفي مسالة اول الباب حكم
الوزن في المالين مختلف فان في الزق جاري مجرى الصفة لان التبعيض يضره وفي الزيت جاري مجرى
الاصل فتعذر جعل المقدار المضاف اليهما منقسما على السواء بحكم المعارضة اذ شرط التعارض التساوي
ولا تساوي فوجبت البداية باحدهما في حق الوزن فكانت البداية بوزن الزق اولى لان الوزن في
الزق اثبت واقوى لانه لا يدخل على وزنه تغير من حيث الزيادة والنقصان ويدخل على وزن الزيت
فكانت البداية به اولى فصار تقدير البيع بعتك الزيت الذي في الزق على انه ثمانون رطلا وهذا
الزق وهو عشرون رطلا ولو صرح بهذا ثم وجد الزيت سبعين لا شك ان النقصان يكون من
الزيت خاصة وكذلك ان وجد الزيت خمسين والثمن ثلثين يقسم على ما وصفنا ويأخذ السمن
الموجود بثلاثة اخماس الثمن ان شاء وان شاء ترك ويأخذ الزيت بجميع حصته من الثمن وكذلك
المكيل كله نريد به من الحنطة والشعير اذا اشتراهما على انهما مائة قفيز فوجد احدهما اكثر من الاخر
او وجدهما جميعا اكثر من مائة فانه يلزمه من كل واحد منهما خمسون ولا تدخل الزيادة على ما شرط في البيع وفي
النقصان يطرح عنه حصة النقصان من الثمن ويخير لما قلنا وكذا لو كانت ثلثة اشياء حنطة وشعير
وسمسم كل واحد في ظرف على حدة كان من كل واحد الثلث وان نقص احدهما يقسم الثمن على ما وصفنا
لان الكيل في المكيلات كالوزن في الموزونات والله سبحانه وتعالى اعلم

باب الغصب في ضمان القيمة

اصل الباب ان للغاصب والمودع يدا معتبرة بدليل ان السارق
يقطع بخصومته فاذا وجد معترض على يده كان له ولاية الاسترداد منه وان كان قائما في يده لقوله
صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد فكان هو في الاسترداد بمنزلة المالك وهذا لان
الغاصب يحتاج الى اخراج نفسه عن عهدة الضمان فيتمكن من اعادته الى يده دفعا للضمان عن
نفسه والمودع مامور بالحفظ والاسترداد من الحفظ ولهما ولاية اخذ القيمة حال هلاك العين لان
القيمة قائمة مقام العين سميت قيمة لقيامها مقام العين فكل من له ولاية استرداد العين من انسان
حال قيامه من يده كان له ولاية استرداد قيمته بعد فواته لانها خلف عن العين والمعنى ما ذكرنا ان الغاصب
يحتاج الى اخراج نفسه عن عهدة الضمان فيتمكن من استرداد القيمة لحاجته الى ذلك كما يتمكن من
استرداد العين واسترداد القيمة حال هلاك العين من الحفظ لانه مامور بحفظ العين لاجل المالية
فيملك حفظ المالية بعد فوات العين والفرق بين الغاصب والمودع في استرداد العين
او القيمة بالمعاينة في براءة الغاصب الثاني وانما يفترقان في الاقرار بالاسترداد فان الغاصب
لو اقر بالاسترداد صح اقراره في حقه لا في حق المالك حتى كان للمالك تضمين الغاصب الثاني

الثاني والمودع لو اقر بذلك صح مطلقا حتى لا يبقى للمالك ولاية تضمين الغاصب لان المودع بمنزلة
الوكيل من المالك في اخذ الضمان لانه مامور بالحفظ وانه من الحفظ وقول الامين والمامور حجة على الامر و
الغاصب عامل لنفسه لان حفظ المال واجب عليه ومنفعته راجعة اليه ليخرج نفسه عن الضمان
لا بحكم امر المالك فلا يقبل قوله في حقه ولهذا لا يرجع الغاصب على المغصوب منه بما لحقه من الضمان
لانه عامل لنفسه والمودع يرجع على المودع لانه عامل له ثم انما يصدق المودع فيما اخبر اذا وقع فعله استردادا
للعين حقيقة او معنا اما اذا وقع تمليكا لم يصدق فلانه مسلط على الحفظ وما هو من مفرداته لا على التمليك وكذلك تضمينها
معاينة انما يصح اذا وقع استرداد اما اذا وقع تمليكا فلا لان الداخل تحت ولايته الحفظ وما هو من وراته
لا التمليك اذا عرفنا هذا قال محمد رجل غصب رجلا جارية قيمتها الف درهم فغصبها منه اخر وابقت من
يده فللغاصب الاول ان يضمن الغاصب الثاني قيمتها لانها لو كانت قائمة في يد الثاني كان
للاول ان يستردها لان الثاني ازال يد الاول بغير حق فكان له اخذ القيمة اذا غابت من يده
فاذا ضمنه قيمتها برئ الاخر عن ضمانها حتى لا يكون للمالك ولاية تضمين الثاني لان الثاني لو رد
رد الجارية برئ فكذا اذا رد القيمة وقال بعض الفقهاء ان الغاصب الثاني لا يبرا الا بوصول الجارية
او القيمة الى المالك وهو منقول عن خلف بن مطيع قال صاحب الجامع الاصغر وعندي ان
كان يرجوا ان يرد على صاحبه رجوت ان يبرا لانها دخلت في ضمانه فلا يبرا الا بوصولها ووصول
قيمتها اليه وهذا في القيمة اظهر لانها قائمة مقام المغصوب لا عينه ولهذا لو رده الى عيال المغصوب
منه لا يبرا وان رده حكا فهنا اولى وفي ظاهر الرواية يبرا لما قلنا انه ردها الى من اخذ منه حقيقة بخلاف
من في عياله وهذا لان بالرد على الغاصب الاول انفسخ حكم فعله ووجوب الضمان عليه كان بالتفويت
فانه بغصبه فات على المالك التمكن من الاخذ من الاول وقد زال ذلك بالاعادة الى يده فان كان الثاني
غصبها وقيمتها الفان فالمالك بالخيار بين ان يضمن الاول الفا ويضمن الثاني الفين لان المعتبر في
حق كل واحد منهما قيمتها يوم دخلت في ضمانه فلو لم يحضر المالك كان للاول ان يضمن الثاني
الفين ولو اخذ منه الفين وهلكت في يده ليس للمالك تضمين الثاني لما قلنا وليس له ان يضمن الاول
الا قيمتها يوم غصبه اياها وذلك الف لان الاول لو اخذ الجارية من الثاني وقيمتها الفان
وهلكت في يده لم يكن للمالك تضمين الثاني ولا تضمين الاول الا قيمتها يوم غصبها فكذا اذا
اخذ القيمة لان زوائد الغصب امانة عندنا فما اخذ الاول من الثاني نصفه مضمون ونصفه امانة
لانه بدل الجارية والجارية في حق الاول نصفها مضمون ونصفها امانة حتى لو هلكت في يده
لا يضمن الا الف درهم وهو نصف قيمتها فلا يضمن قيمة الامانة ولان قبض الاول القيمة من
الثاني ليس بجناية منه فلا يكون موجبا للضمان وباصل الغصب لا يجب عليه الا الالف فلا يلزمه
بسبب القبض شيء كما لو اخذ الجارية وهلكت في يده واذا ضمن الاول للمالك الفا وهلك
الالفان من ماله وظهرت الجارية بعد ذلك فهي للثاني لان المضمونات تملك عند اداء
الضمان عندنا ولو هلك تهلك على الثاني ولو لم تهلك القيمة في يد الغاصب الاول حتى
حضر المالك وظهرت الجارية والقيمة قائمة في يد الاول فان شاء المولى اخذ الجارية وان شاء

اخذ القيمة التى قبضها الاول من الاخر وان شاء ضمن الاول قيمتها يوم غصبها لان الاول لما ضمن
الثانى وقد ظهرت الجارية تبين ان تضمين الاول القيمة دفع تمليكا وليس له ولاية
التمليك كما لو باع فان قيل وجب ان لا يكون للمالك خيار اخذ القيمة من الغاصب الاول
لانه وضع المسالة فيما اذا ظهرت الجارية واذا كانت الجارية حاضرة لا يكون للمالك اخذ
القيمة قيل له اختلف المشايخ فيه قال الفقيه ابو بكر البلخى ان معنى قول محمد ظهرت الجارية
اذا عرف مكانها لا انها حاضرة فى مجلس الخصومة والتضمين واذا كان معناه هذا صح الخيار
لكون المالك عاجزا عن اخذ الجارية للحال وقال الفقيه ابو جعفر معناه انها غايبة عن
الغاصب لما ذكر ولا معنى للخيار بين اخذ القيمة من الغاصب الاول واخذ القيمة التى اخذها
الاول لان اذا كانت القيمة التى اخذها من الثانى غائبة لانها لو كانت حاضرة لا يكون فى
التخيير بين اخذ الالف والالفين فائدة كما لو اعتق عبده على الف والفين ونظايره
ويمكن ان يقال هنا فائدة الاختلاف التملك وان لم يكن فى حق المالك فائدة ومنهم
من قال لا بل لو كانت حاضرة فى مجلس الخصومة والتضمين فهو صحيح ايضا بان ادعى المالك
انها جاريته واقر الغاصب الاول بذلك وانكر الثانى انها جاريته التى غصبها منه
فكان المالك عاجزا عن اخذ الجارية الا بحجة لان القول قول ذى اليد ومنهم من قال اراد بقوله
ان شاء ضمن الغاصب الاول قيمتها يوم غصبها برضى الغاصب الاول وهذا جائز مع
القدرة على اخذ الجارية لانه بمنزلة البيع المبتدا وقال بعضهم له الخيار وان كانت الجارية
حاضرة لان الاول لما ضمن الثانى كان التضمين سبب الملك فصار بمنزلة البيع من الثانى
ولو انه باع من الثانى واخذ الثمن كان للمولى الخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء لم يجز وياخذ
الجارية لكن ما ذكر من الوجه الثانى والثالث انما يصح اذا ذكر التخيير بين اخذ القيمة
من الاول بين اخذ الجارية وفى الكتاب ذكر التخيير بين ثلاثة اشياء هو اخذ القيمة من
الغاصب الثانى ومع انكاره لا يمكنه اخذ القيمة منه والوجه الرابع صحيح فى تخييره بين
اخذ الجارية وبين اخذ القيمة التى اخذها الاول من الثانى فاما اذا اراد ان يضمن الاول
قيمتها يوم الغصب لا يستقيم ذلك الا ان تكون الجارية غائبة لانها اذا كانت حاضرة
ليس له ان يضمن الاول القيمة واذا صح هذه الخيارات الثلاثة وفى ظاهر الرواية
ينظر ان اختار اخذ الجارية يرجع الاخر على الاول بما اخذ منه لان التضمين بمنزلة البيع ولو باع
ورد المالك البيع رجع المشترى على البايع بما دفع اليه من الثمن كذلك هنا وان كانت القيمة
التى اخذها الاول على المولى بما ضمن لانه اخذ القيمة عامل لنفسه لانه يبرئ نفسه عن الضمان لما ذكرنا وان اختار
المولى اخذ القيمة التى اخذها الاول من الثانى سلمت الجارية للثانى لانه اجاز المالك التضمين
فصار كالبيع وان اختار تضمين الغاصب الاول قيمتها يوم غصبها سلم للاول ما اخذ
من الثانى ويتصدق بالفضل لانه صار مملكا الجارية من الاول بالضمان من وقت غصبه فظهر ان
الاول باع ملك نفسه الا ترى انه لو باع الجارية حقيقة وضمن القيمة ينفذ بيعه فكذا اذا باع حكما بخلاف

بخلاف ما اذا اعتق ثم ضمن القيمة حيث لا ينفذ الاعتاق لان الملك الثابت بالغصب ناقص لانه ملك يثبت
فى حال المستند الى وقت الغصب المستند ثابت من وجه والملك الناقص يكتفى لنفاذ البيع
دون نفاذ العتق كملك العبد والمكاتب وهذا بخلاف ما اذا باع الغاصب ثم اشتراه
من المولى حيث لا ينفذ البيع لان الملك بالبيع ثبت فى الحال غير مستند ولا ينفذ البيع
السابق على الملك ولان الملك الموقوف فابطله ولان البيع موقوف على اجازة المالك فاذا باع
من الغاصب كان بيعه منه رد البيع فبطل واذا سلمت الجارية للثانى والقيمة للاول
يتصدق الاول بالفضل على القيمة التى اداها وهو قول ابو حنيفه ومحمد وعند ابى يوسف
يطيب له لان شرط الطيب عندهما الملك والضمان وهنا ان وجد الضمان وقت البيع لم يوجد الملك
وعنده شرط طيبه الضمان اصل المسالة المودع او الغاصب اذا تصرف وربح عندهما لا يطيب له
ويتصدق به وعنده يطيب ولا يتصدق لان التصرف حصل فى ملكه وضمانه اما الضمان
فظاهر واما الملك فلانه اذا ضمن يملكه من وقت الغصب ولهما ان الربح انما يطيب بالملك
والضمان وقد تمكن الخلل فى الملك لان التعدى ليس من اسباب الملك وانما يثبت ضرورة
وجوب الضمان فيتمكن شبهة عدم الملك وقت التصرف والتصدق ينبنى على الشبهات دل
عليه انه صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن والنهى عن ربح ما لم يضمن نهى عن ربح ما لم يملك
بطريق الاولى لان اثر الملك فى طيب الربح فوق اثر الضمان الا ترى ان كسب المبيع قبل القبض
لا يطيب مع الملك لانعدام الضمان فعند عدم الملك اولى فلو لم يتصدق ولكن باع او وهب
او اكل لا يلزمه شئ لان الواجب التصدق بالعين لازالة الخبث وهذا المقصود لا يحصل بايجاب
الضمان وله ان يصرف الربح الى المالك بضمان العين ايضا لانه ملكه وهكذا فى جميع الصور
التى يجب التصدق بالربح نحو ما اذا غصب عبدا واجره فالاجرة له ويتصدق عندهما خلافا لابى
يوسف ولو هلك العبد فى يده له ان يصرف الربح الى ضمانه وان فضل منه شئ يتصدق به فان قيل
القيمة دين فى ذمته ومن قضى بمال الصدقة دينه او اكل مال الصدقة او باعه يضمن مثله قلنا
نعم لكن التصدق بهذا لم يكن حتما عليه الا ترى انه لو سلم الغلة الى المالك مع العبد كان للمالك
ان يتناول ذلك ولا شئ على الغاصب فهو بما صنع يصير مسلما الى المالك ثم يصير المالك مبريا له عن
ذلك القدر من القيمة بما يقبضه فيزول الخبث بهذا الطريق ولا يلزمه التصدق بعوضه لعدم الخبث
فيه ولا ينبغى للغاصب الثانى ان يطا الجارية او يبيعها او يتصرف قبل اختيار المالك الضمان لان تضمين
الغاصب الاول موقوف على اجازة المالك فصار كالمشترى من الفضولى ولو حاضت فى يده حيضة
بعد الضمان قبل اختيار المالك لا يجتزى بتلك الحيضة من الاستبراء ويجب عليه ان يستبريها
بحيضة بعد اجازة المالك لان سبب وجوب الاستبراء استحداث حل الوطى بملك تام وملكه ليس
بتام قبل اجازة المالك ولهذا لو حاضت بعد البيع فى يد البايع قبل قبض المشترى ثم قبضها بعد
ما ظهرت او قبله لا يجتزى بتلك الحيضة لانعدام تمام الملك لعدم القبض ولهذا قال علماؤنا لو
اشترى جارية بالدراهم المغصوبة حل له وطيها لانه لا توقف فى ملكها لان الملك فيها لا يبطل باستحقاق

الدراهم ولو اشتراها بعرض مغصوب لا يحل له وطيها لانه لو استحق العرض يبطل البيع فكان الملك
موقوفا غير تام وكذلك امة بين رجلين باعها احدهما واجاز الاخر البيع بعد ما حاضت عند
المشتري حيضة واحدة فعليه ان يستبريها بعد الاجازة لان الملك الحل لا يثبت له قبل
الاجازة ولو باعها المالك وسلمها وحاضت بعد القبض قبل يجتزي بتلك الحيضة عندنا خلافا
للشافعي لانه تم الملك عندنا بنفس العقد وعنده لا يتم قبل الافتراق ولان الملك يثبت عند الاجازة
ولهذا يشترط قيام المحلية عندها ويستند والمستند قاصر ثابت من وجه دون وجه فمن حيث
انه ثابت انه لم يجب الاستبرا فمن حيث انه مقتضي يجب فيجب احتياطا لامر البضع ولو كان
الغاصب الاول ضمن الغاصب الثاني بغير قضا فاخذها منه فهو بمنزلة ما ذكرنا فيما اذا
اخذها بقضا والكلام فيه اظهر لانه متى لم ينفذ التضمين بقضا القاضي لوقوعه تمليكا
فبدون القضا اولى وان لم يعلم ان الاول ضمن الثاني الا بقوله لم يصدق على المولى حتى لو كان
للمولى ان يضمن الاخر اذا كذب الاول ويصدق في حق نفسه لانه كما يثبت للغاصب الاول تضمين
الثاني ثبت للمولى ايضا ولاية تضمين الثاني فالغاصب الاول بهذا الاقرار اراد ابطال حق
المولى فلا يصح الا بتصديقه او بالبينة لما ذكرنا فرق بين هذا وبين الوكيل بقبض
القيمة اذا اقر بالقبض حيث يصح في حق الموكل والفرق ان الوكيل مسلط على القبض من جهته
فوجب قبول قوله عليه اما الغاصب الاول غير مسلط على القبض من قبل مولى الجارية وانما له حق
التضمين بطريق الضرورة والضرورة في اخراج نفسه عن عهدة الضمان لا في ابطال حق المالك
فان اختار المولى تضمين الاول برئ الاخر باقرار الاول بقبض القيمة منه لان اقرار الاول صح في
حق بطلان حق المقر وهو ولاية تضمين الثاني لان ذلك حقه ان لم يصح في حق مولى الجارية
فاذا ازال حق مولى الجارية برئ الثاني مطلقا ولو اختار المولى تضمين الثاني له ان يرجع على
الاول بما اقر بقبضه لان اقراره حجة عليه وظهر ان اخذه وقع بغير حق وكذا لو اقر الاول انه قبض الجارية
بعينها لم يصدق في حق المولى ويصدق على نفسه لما قلنا في القيمة وهذا كله مذهبنا على ان اداء
الضمان يوجب الملك في المضمون وعند الشافعي لا يوجب الملك فاذا ظهرت الجارية ياخذها بعينها ولا
خيار له استدل بقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الاية فالله جعل كل
مال لغيره قسمين قسم بالباطل وقسم بالتجارة عن تراض وهذا ليس بتجارة عن تراض فيكون اكلا
بالباطل والمعنى فيه ان الملك حكم حادث فيستدعي سببا حادثا والحادث هنا الغصب قلنا
ذكرنا ان الملك حكم مشروع فيستدعي سببا مشروعا والغصب عدوان محض ليس فيه
شبهة الاباحة وانه ضد المشروع ولان الغصب فعل الغاصب والملك حقه فلا يتمكن غيره من ازالة
الملك المغصوب عليه واما فلانه شرع بجبر الفايت فلا يجوز ان يشرع لتفويت القايم لانه تناقض
ولان القضا يكون بعد الهلاك وانه لا يقبل الملك واما الادا فلما ذكرنا من الوجهين دل عليه ان الملك
عندكم يثبت قبل القضا وقبل الادا بدليل انه يملك الزوايد قبل الادا والحكم لا يتقدم
على السبب فعلم ان ضمان جبران فيكون بمقابلة الفايت والفايت هو اليد لا الملك فيكون

الضمان بمقابلة النقصان الذي حل باليد لا ان يكون بدلا عن العين الا انه يجب عليه قيمة العين
تحقيقا للمعادلة ليكون اقرار المالك على مثل ذلك المالك يدا لان ملك اليد بانفراده ليس له مالية
معلومة فكان الضمان في يده بمنزلة العارية ان استمر العجز استمر يده وان ارتفع العجز
يجب رفع يده اقصى ما في الباب انه ينفذ تصرف المالك في القيمة وانه زيادة على فعله
لانه انما لزمته هذه الزيادة ضرورة خروجه عن عهدة ما وجب عليه وهو بمنزلة ما لو غصب
عينا ونقلها الى موضع يجب عليه ردها وان كانت المونة تزيد على قيمتها لانه من ضرورات
الخروج عما وجب عليه والدليل على ان الضمان بمقابلة النقصان الذي حل باليد انكم
قلتم لو هشم قلب فضة انسان وقضى القاضي عليه بالقيمة ثم افترقا من غير قبض لا يبطل القضا
ولو كان بدلا عن العين كان صرفا فيبطل بالافتراق واذا كان الضمان بطريق الجبران فلا يكون
الجبران بتفويت ما هو قايم بل باحيا ما هو فايت وملكه في العين كان قايما فلو جعلناه زايلا
بالقضا كان تفويتا ولئن كانت القيمة بدلا عن العين فهو خلف يصار اليه عند الياس عن رد
العين ومثل هذا الخلف يسقط اعتباره عند ظهور العين كما لو قلع سن انسان فاستوفى
حولا ثم قضي له بالارش فقبض ثم نبت سنه يلزمه رد ما قبض من الارش وبفصل المدبر يتضح جميع ما
قلنا فان الغصب يتحقق في المدبر وسبب الملك عندكم لا يتحقق في المدبر وبقضا القاضي
بالقيمة لا يزول عن ملكه ولو كان شرط القضا بالقيمة انعدام ملكه في العين او كانت القيمة بدلا عن
العين لما قضى القاضي بها في محل لا يتحقق هذا الشرط وان ثم بقضا القاضي ينبغي ان يزول ملكه كما لو
قضى بجواز بيعه وحجتنا حديث الشاة المصلية وقد ذكرنا والمعنى فيه ان الغصب الموجب للضمان
يختص بمحل هو مال متقوم فيثبت الملك به اذا امكن كالبيع والصلح وبيان الوصف ان غصب الحر
لا يتحقق موجبا للضمان لانه ليس بمال وكذا غصب الخمر من المسلم وكذا غصب الخنزير من المسلم لانهما غير
متقومة وتاثيره ان اختصاص السبب بمحل لا يكون الا لاختصاص بحكم يختص بذلك المحل فالمحل
الذي هو مال متقوم يختص بصحة التمليك فيه فلما اختص الغصب الموجب للضمان به عرفنا انه
انما اختص لهذا الحكم فان الفعل الذي هو عدوان محض وازالة اليد المحترمة لا تختص بمحل هو مال متقوم
وحقيقة المعنى فيه ان الضمان الواجب على الغاصب بدل العين الا ترى انه يقوم العين به وانه يسمى
الواجب بقيمة العين ويتقدر بمالية العين ولان الضمان بمقابلة ما هو المقصود ومقصود صاحب
الدراهم عين الدراهم لا استلاكيه بها فعرفنا ان الضمان بدل عن العين وانما يقضى جبرانا والجبران
يستدعي الفوات لا محالة لانه انما يجبر الفايت لا القايم فكان من ضرورة القضا بملك العين انعدام
ملكه في العين ليكون جبرانا لما هو فايت وما لا يمكن اثباته الا بشرط فاذا وقعت الحاجة الى اثباته
يقدم شرطه عليه كما في قوله اعتق عبدك عني على الف يقدم التمليك على نفوذ العتق ضرورة كونه شرطا
الا ان يكون قوله شرطا الا ان يكون قوله اعتق عبدك عني سببا للتمليك مقصودا واذا ثبت هذا تقرر انا
نثبت بالعدوان المحض ما هو جنس مشروع وهو القضا بالقيمة جبرا لحقه في الفايت ثم انعدام الملك في
العين لما كان من شرط هذا المشروع يثبت به ويكون حسنا بحسنه ولهذا لا يشترط التقابض لانه

انما يشترط فيما هو سبب للملك مقصودا الا فيما يثبت شرطا لغيره ولهذا قلنا ان المغصوب
وان كان هالكا عند القضا بالقيمة يصير مملوكا للغاصب لان الهالك لا يقبل التمليك مقصودا
بسببه لا شرطا لغيره وكذا نقول اذا اخذ القيمة بزعم الغاصب فالعين لا تبقى على ملكه لكنه
يتخير عند ظهوره لعدم تمام الرضى كما لو اشترى شيئا ثم وجد به عيبا واما المدبر ففي مخرجه
طريقان احدهما انا لا نقول ببقايه على ملكه بعد تقرر حقه في القيمة بل يجعل زايلا
عن ملكه لتحقيق هذا الشرط ولهذا لو لم يظهر المدبر وظهر له كسب يكون الكسب للغاصب الا انه
اذا ظهر يعاد اليه صيانة لحق المدبر والثاني ان عين القيمة ليست ببدل عن العين لان ما هو شرطه
وهو اثبات الملك في العين متعذر فيه فيجعل خلفا عن النقصان الذي حل بيده ولكن هذا عند
الضرورة ففي كل موضع امكن ايجاد الشرط لا ضرورة وهو بمنزلة ضمان العتق فانه بمقابلة العين
في كل محل يمكن ايجاد شرطه وهو تمليك العين وفيما لا يمكن كالمدبر وام الولد لا يجعل بدلا عن
العين عندهم وكذا ضمان الصلح اذا اخذ القيمة بالقضا او الرضا كان الماخوذ بدلا عن العين عندهم
وكذا ضمان الصلح اذا اخذ القيمة بالقضا او الرضاء في كل محل يحتمل تمليك العين وفي كل محل لا يحتمل
يجعل بمقابلة الجناية التي حلت بيده وفيما تلا من الاية بيان ان الاكل بالتجارة عن تراض جائز لان يكون
الجواز مقصورا عليه ثم معنى التجارة عن تراض يندرج هنا من وجه فان المالك يتمكن من ان يصبر حتى
يظهر العين فيا خذه فحين طالبه بالقيمة مع علمه ان من شرط الهدام ملكه في العين فقد رضي بذلك
لان من طلب شيئا لا يتوصل اليه الا بشرط كان راضيا بالشرط كما يكون بمطلوبه واما قوله المالك لا يملك
البدل بل هو عارية في يده قلنا لا يصح لان الملك وصف شرعي يعرف باثاره وهو ملك التصرف ونفاذه
ولو كان الضمان جارية يحل له وطيها مع توقفه على احد الملكين فان منع فالدليل عليه ان الغاصب لا يمنع
عن البيع ممن شاء واجارته ورهنه والوطي ان كانت جارية فوجب ان يتمكن المالك من هذه التصرفات
في البدل دفعا للضرر عنه ويلزم منه ثبوت الملك له في المغصوب تحقيقا للمعادلة قوله ملكه بدلا
عن النقصان قلنا ليس كذلك الواجب بمقابلة النقصان والمنفعة بل ترتد عليهما لان اليد على القيمة مثل
اليد على المغصوب ومنفعة القيمة مثل منفعة المغصوب فيبقى ملك الرقبة في القيمة فضلا
خاليا فلا يمكن ان يجعل بدلا عن اليد دل عليه انه اذا غصب ورد بعد مدة فانه لا يجب عليه
قيمة اليد فدل انه بدل عن العين ولان قيمة المنفعة درهم او دينار وقيمة العين مائة والف فكيف
يكون بدلا عنه ولان عندكم يجب قيمة المنفعة فلو قلنا انه بدل المنفعة واليد تودي الى
الجمع بين البدلين عن مبدل واحد وانه لا يجوز قوله الهالك لا يقبل الملك قلنا نعم اذا كان مقصودا
او لانا نثبت الملك قبل الهلاك عند عجزه عن رده كما غصب قوله الملك حادث فلا بد له من سبب
حادث فلم قلتم بانه لم يوجد السبب قوله الغصب عدوان فلا يصلح سببا قلنا لا يصح سببا
لنفسه من حيث العدوان اما يصلح سببا لثبوت الملك لا لاجله بدليل ما ذكرنا من الاصطياد بقوس
الغير والاحتطاب والاحتشاش بملك الغير هذا اذا كان الاول غاصبا ولو كان مودعا وغصبها
منه رجل فابقت منه فان يضمن الغاصب قيمتها بمنزلة الغاصب لانه مامور بالحفظ ولانها لو كانت

لو كانت قائمة في يده كان له ولاية استردادها فعند العجز عن استرداد العين يسترد القيمة
فان اخذ القيمة منه بقضاء او غير قضاء وهلكت القيمة في يده او لم تهلك ثم ظهرت الجارية فان
شاء المولى اخذ القيمة ان كانت قائمة وان شاء الجارية لان تضمينه تمليك للعين من الغاصب
فيتوقف على اجازته وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له اخذ الجارية لان المودع مامور من مولى
الجارية باخذ القيمة من الغاصب لانه مامور بالحفظ في هذه الحالة فكان اخذه كاخذ المولى
ولو اخذ المولى ليس له ان ياخذ الجارية وصار كما لو اخذ بامره نصا بخلاف الغاصب الاول لانه غير
مامور باخذ القيمة وجه ظاهر الرواية ان الامر باخذ القيمة لم يوجد نصا لو ثبت انما يثبت
اقتضاء وضرورة الامر بالحفظ فيقدر بقدر الضرورة ولا ضرورة في حق نفاذ التمليك من الغير
فثبت التمليك بغير امر المولى فتوقف على اجازته بخلاف ما لو اخذ القيمة بامره نصا فان اخذ
الجارية رجع الغاصب على المودع بما اعطاه لانه لم يسلم له الجارية فلا يسلم له البدل فان كان
قد هلك في يده ضمنه وان كان القبض باذنه لانه قبض بجهة البيع وانه قبض ضمان ورجع المودع به على
المولى لانه ضمن بسبب عمله للمولى بامره وهو القبض للحفظ بخلاف الغاصب الاول لانه ضمن بالقبض
لنفسه فلا يرجع على المولى ولو اقر المودع بقبض القيمة ولا تعلم الا بقوله برى الغاصب والفرق ما
ذكرنا ان المودع مامور بقبض القيمة فوجب تصديقه عليه كما لو امره نصا اما الغاصب فلان فان ظهرت
الجارية واختار المولى اخذها رجع الغاصب بالقيمة على المودع ولا يرجع المودع على المولى اذا كذبه
المولى في اقراره لان الامر بقبض القيمة ثبت اقتضاء ولو ثبت نصا ثم اقر بالقبض صدق في حق براءة
الغاصب عن الضمان ولم يصدق في حق الرجوع عليه بالضمان لانه مسلط على ابرايه من جهة المالك غير
مسلط على ايجاب الضمان عليه وصار كالوكيل بالبيع اذا اقر باستيفاء الثمن من المشتري
وكذبه الموكل صدقه في حق براءة المشتري وكذبه الموكل صدقه في حق براءة المشتري
لا في ايجاب الضمان على الموكل حتى لو وجد المشتري بالمبيع عيبا ورده على الوكيل واخذ
منه الثمن او استحق ورجع على الوكيل بالثمن لا يرجع الوكيل على الموكل ولا يطا الغاصب
الجارية حتى يستبريها بحيضة بعد اجازة المالك لان المودع صار بايعا حكما ولو باع حقيقة
لا يحل له الوطي ما لم تحض حيضة بعد الاجازة لما ذكرنا ولا يعتقها ولا يبيعها ولا شيئا من التصرفات لعدم
الملك قبل الاجازة ولو فعل شيئا ينفذ عتقه ويضمن الغاصب قيمتها لان الاعتاق قبض بطريق
الاتلاف فانه تنعدم محلية البيع كما تنعدم بالاتلاف حقيقة فهناك الغاصب يضمن قيمتها وينفذ
البيع بينه وبين المشتري اذا ضمن قيمتها فههنا كذلك اعتبارا للحكمي بالحقيقي لكنا نقول حصول
القبض والاتلاف بنفوذ العتق الا بالتكلم وشرط نفوذ العتق ملك كما قال صلى الله عليه وسلم لا عتق
فيما لا يملكه ابن ادم والبيع الموقوف ضعيف قبل الاجازة فلا يثبت الملك له قبلها كالهبة
قبل القبض فان الموهوب له لو اعتق الموهوب قبل القبض لم يعتق ولا يصير قابضا به بخلاف الاتلاف
لانه حسي يتحقق في الملك وغير الملك ولا نقول المشتري بالاتلاف يصير مالكا حتى
كان للمغصوب منه ان يضمن المشتري ان شاء وان ولدت منه قبل الاختيار استحسنت ان

ان ابنت منه النسب واجعله رقيقا حتى يختار المولى القيمة والقياس ان لا يثبت النسب
لان الاستيلاد حصل في غير الملك لان الملك موقوف فلا يصح كما لو اشترى جارية من
الغاصب وهو يعلم انها مغصوبة فاستولدها لم يثبت النسب وجه الاستحسان ان هذا البيع
صدر من المالك من وجه ومن الفضولي من وجه اما من المالك من حيث ان للمودع والغاصب الاول تضمين
الغاصب الثاني قيمة الجارية كما للمالك والبيع ثبت حكما للتضمين فكان هذا البيع بمنزلة
الصادر من المالك من حيث الحكم والاعتبار واما من الفضولي من وجه من حيث ان
التضمين بيع وليس للمودع والغاصب الاول ولاية البيع فمن حيث انه صادر من المالك صح الاستيلاد
ومن حيث انه صادر من الفضولي علق الولد رقيقا عملا بهما وهذا اولى من الغلبة لان بناء النسب على التوسعة
والاحتياط الا ترى انه يثبت في الملك في تاويل الملك وقد ثبت له تاويل الملك هنا لانه يملكها من
ذلك الوقت عند الاجازة ولهذا كان الكسب والزوايد وذكر في كتاب الغصب اذا اشترى
جارية من الغاصب وهو يعلم انها مغصوبة واستولدها ثم استردها المالك يثبت النسب من
ويكون الولد رقيقا ان يؤدي قيمة الولد لانعدام الغرور بخلاف ما اذا لم يعلم انها مغصوبة والله
اعلم باب البيع فيه الشرط الذي يكون القول البايع او قول المشتري
اصل الباب معرفة الشروط التي تفسد العقد وما لا يفسد فنقول الشرط في البيع على وجه
اما ان يشترط شرطا يقتضيه العقد كشرط الملك في المبيع للمشتري او شرط تسليم المبيع
او تسليم الثمن او ما يوكد الثمن وتسليمه بان شرط المشتري ان يحيله على غريم او يعطيه بالثمن
هذا الثوب وهنا او يكفل به فلان وفلان حاضر فقبل فهو جائز استحسانا لان ما يقتضيه العقد
ثابت بنفس العقد فالشرط لا يزيده الا وكادة ولان الثمن الذي به رهن او كفيل اوثق من الذي
لا رهن به ولا كفيل فصار ذلك صفة للثمن ولا يفسد به كاشتراط الجيد او الردي او انه حالا
او موجلا او بوزن كذا وان لم يبين الكفيل او الرهن والمحال عليه فسد البيع لان تمام البيع
يقف على قبول الكفيل والمحال عليه فصار كالمشتري فلا يصح مع جهالتهما وان كانا
غايبين فافترقا قبل حضرتهما لم يصح الا بايجاب مستقبل كما في غيبة المشتري وان حضرا
قبل افتراقهما وقبلا جاز كما لو قبل المشتري وفي الرهن ان عين شيا في المجلس ورضي به البايع
جاز وكذا لو اعطى الثمن حالا لان الرهن انما يحتاج اليه للوثيقة بالثمن او شرط ما لا يقتضيه العقد
وفيه عرف ظاهر وانه جائز ايضا كما اذا اشترى نعلا وشراكا بشرط ان يحذوه البايع لان الثابت
بالعرف ثابت بدليل شرعي ولان في النزوع عن العادة الظاهرة حرج بين او شرط ما لا يقتضيه
العقد وليس فيه عرف ظاهر فان كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل
ثبوت الحق له والخصومة او لغيرهم فالبيع فاسد كما اذا اشترى على ان يقرضه درهما او يهب
له هبة او يتصدق عليه او يحيل البايع غريما له على المشتري او يضمن المشتري الثمن لغريم
البايع او اشترى عبدا على ان يطعمه خبيصا او يكسيه كذا ثوبا او على ان لا يبيعه او لا يهبه
في الرواية الظاهرة او يهبه لفلان او يبيعه من فلان لان الشرط باطل في نفسه والمنتفع به غير

راض بدونه فتتمكن المطالبة بينهما فهو يطالبه بحكم الشرط وهذا يمنع لان العقد لا يقتضيه
فتتمكن المنازعة بينهما فيفسد العقد وقبول الحوالة من المشتري ليس بصفة للثمن والعقد
لا يقتضيه وثم انما جاز لانه صفة الثمن والحيه يجبه ان لا تتداوله الايدي وتمام العقد بالمعقود
عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة احد المتعاقدين
بخلاف ما اذا باع شيا على ان يقرضه فلان الاجنبي وقبل المشتري فانه يصح العقد لان الشرط
جرى بين المتعاقدين وبين الاجنبي ولا يجبر البايع اذا لم يقرضه ولو قال بعتك هذا العقد
على الف درهم وعلى ان يقرضني عشرة جاز البيع ولا يصير ذلك شرطا لانه ذكره بالواو
فكان عطفا لا شرطا او شرط فيه منفعة للمعقود عليه لكنه ليس من اهل الخصومة ولا منفعة
فيه لاحد فالشرط باطل والبيع صحيح كما اذا اشترى دابة على ان يعلفه شعيرا او ثوبا بشرط ان لا
يبيع لانه لا مطالب لهذا الشرط لانه لا منفعة لاحد فكان لغوا الا رواية عن ابي يوسف انه
يفسد البيع نص عليه في اخر المزارعة لان في هذا الشرط ضررا على المشتري من حيث انه يتعذر عليه
التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحدهما لكنا نقول لا معتبر بعين
الشرط بل بالمطالبة به والمطالبة تتوجه بالمنفعة دون الضرر وقال ابن سماعة عن محمد فيمن قال
ابيعك هذا العبد على ان لا تبيعه فالبيع جائز والمشتري بالخيار ان شاء باع وان شاء لم
يبع لانه لا حق في هذا الشرط لاحد وفي المنتقى اذا قال ابيعك هذا العبد على ان تبيعه او تهبه
فالبيع فاسد لان فيه منفعة للبايع بانقطاع حق الرد والرجوع بالنقصان عند ظهور العيب وحرف
اخر ينبني على معرفة المنكر والمدعي فالمنكر من يتمسك بما عرف ثبوته كصاحب اليد لان الظاهر
يشهد له والمنكر من يشهد له الظاهر والمدعي من يدعي زوال ذلك او يغيره لانه يدعي خلاف الظاهر
كالخارج ومدعي الدين فكل شرط يوجد بوجود الاصل كالصحة والبكارة فالقول قول البايع
لانه عرف ثبوت فكان منكرا وكل شرط يوجد بوجود الاصل كالخياطة ونحوها فالقول
قول المشتري لانه عرف عدمه وحرف اخر ان المستحق بالشرط ادنى ما ينطلق عليه ذلك الاسم لانه
متيقن لانه مستفاد من الاسم بيقين اما الزيادة لا تستفاد من الاسم بيقين والزيادة على الادنى
مجهولة غير مضبوطة اذا عرفنا هذا قال محمد رجل اشترى عبدا على انه خباز او كاتب جاز البيع
لانه يرجع الى بيان صفة المبيع فصار كما لو وصفه باوصاف اخر ولانه شرط يزيد في المالية فكان
ملايما بمنزلة اشتراط صفة الجودة بخلاف ما اذا اشترى ناقة على انها حامل او تحلب
كذا لانه شرط عيبا لا يدري وجوده ولا يعرف حيانه والاعيان يقابلها البدل فجهالتها تمنع
جواز العقد اما هنا اشتراط وصف والاوصاف لا يقابلها البدل فاشتراطها لا يمنع
جواز العقد ولان الحمل في البهايم زيادة وهي مجهولة فانه لا يدري ان انتفاخ بطنها من
ريح او ولد وانه واحد او اثنان ذكرا او انثى حيا او ميت والمجهول اذا ضم الى المعلوم يصير
المعلوم مجهولا واشتراط مقدار من اللبن ليس في وسع من الادمي ايجاده ولا طريق له الى معرفته
فكان شرطا باطلا فيفسد به العقد ولان اللبن لا يجوز ان يتناوله العقد وكذا الولد لانه مغمور

خلقه وكذا لو شرط انها تضع بعد شهر لانه لا يمكنه الوفاء به وان شرط انها حلوب او لبون لم يذكر هذا في
الاصل وذكر الكرخي ان هذا وما لو شرط انها تحلب كذا سواء لان اللبن زيادة مال منفصل ولا يكون حلوبا لبونا الا به
وتلك الزيادة مجهولة وصار كالحمل وهكذا روى ابن سماعة وذكر الطحاوي انه يجوز وهكذا روى الحسن
في المجرد وبه اخذ الفقيه ابو الليث لان هذا شرط وصف مرغوب فيه فلا يفسد به العقد كما لو
شرط الكتابة في العبد ولان هذا يذكر على سبيل بيان الوصف لا على سبيل الشرط لانه مرغوب فيه
كما اذا اشترى فرسا على انه هملاج او كلبا على انه صائد فانه يجوز كذلك هنا بخلاف ما اذا شرط
انها تحلب كذا لان الفساد لاشتراط مقدار اللبن في الضرع لا طريق الى معرفته وكذا لو اشترى
سمسما او زيتونا على ان فيهما من الدهن كذا او حنطة بشرط ان يطحن منها كذا مختوم دقيق لانه لا طريق
الى معرفته ولا يقدر على الوفاء به ولو باع جارية وتبرأ من الحبل وكان بها حبل ولم يكن فالبيع جائز لان الحبل
في بنات ادم عيب الا ترى ان للمشتري حق الرد فانما يبرأ من العيب وهو غير مفسد ولو باع على انها حامل
لم يذكر في الكتاب فيجوز ان يقال فاسد ويجوز ان يقال جائز والاشتباه انما يقع لاشتباه في
الرواية فانه قال وليست البراءة في هذا كالشرط قيل معناه كالشرط في البهائم فان الحبل في البهائم
زيادة فذكره في العقد شرط زيادة مجهولة وفي الادمية عيب فذكره يكون تبريا من العيب ولا يكون
شرط زيادة مجهولة وظاهر قوله ليست البراءة كالشرط ان يفسد لانه لو شرط البراءة يجوز فينبغي
ان يكون شرط الحمل مفسدا وقيل معناه انه اذا ذكر الحبل في الجارية على وجه التبري عرفنا ان مراده
بيان العيب فلا يفسد به العقد واذا ذكره على وجه الشرط عرفنا ان مراده شرط زيادة مجهولة
وذكر هشام عن محمد اذا اشترى جارية على انها حامل فالبيع جائز الا ان يظهر المشتري انه يشتريها
للظؤورة فيفسد به العقد لعلمنا انه قصد الحبل بالشرط وهو مجهول وذكر عن ابي حنيفة في المجرد ولم يفصل
بين البائع والمشتري وقال لو اشترى جارية على انها حامل فاذا هي ليست بحامل فالبيع لازم له
وليس له ان يردها لما ذكرنا انه للتبري كما لو اشترى جارية على انها معيبة او على انها تتغنى بكذا وكذا
فاذا لا تتغنى بشيء لانه ذكره على وجه التبري قالوا والاصح في جنس هذه المسائل ما ذكره الفقيه ابو
جعفر ان كان الشرط من البائع لم يفسد به العقد لانه يذكر على وجه بيان العيب عادة وان كان
من المشتري يفسد لانه قصد الزيادة ثم اذا صح العقد في مسائلنا وقبضه المشتري ثم جاء
المشتري وقال لم اجده على الشرط فان صدقه البائع كان له الخيار لفوات وصف مرغوب فان لم
يرده حتى تعيب عنده بعيب او مات يرجع بالنقصان فيقوم خبازا ادنى ما ينطلق عليه الاسم
ويقوم غير خباز فيرجع بفضل ما بينهما وروى الحسن عن ابي حنيفة انه اذا تعذر الرد
بحكم الخيار لا يرجع بشيء وجه ظاهر الرواية ان الخيار ما ثبت بحكم الشرط لكن بحكم الشرط
صار الوصف المذكور مستحقا بالعقد بمنزلة صفة السلامة فكان الخيار خيار العيب فيرجع بالنقصان
اذا تعذر الرد ولو كذبه البائع وقال دفعته اليك كما شرطت الا انه نسي والمدة مما ينسى في مثلها
العمل لطولها فالقول قول المشتري ويرده لانه متمسك بما عرف ثبوته فانه يدعي جهالة الخبازة
والكتابة وقد عرف ذلك فان الجهل اصل فكان المشتري منكرا والبائع مدعيا فكان القول قول

قوله بخلاف ما اذا ادعى المشتري عيبا وانكر البائع لان المشتري يدعي امرا حادثا والبائع منكر
وكذا لو قال هو الساعة خباز او كاتب وقال العبد انا كاتب او خباز الا اني لا اكتب ولا اخبز لما
قلنا ولا يعتبر قول العبد لان قول الحر لا يكون حجة على الغير فقول العبد اولى فان خبز خبزا يسمى
خبازا او كتب يسمى به كاتبا لزم المشتري وان لم يسم به خبازا ولا كاتبا يرده لان في الوجه
الاول وجد المشروط وفي الوجه الثاني لا وهذا كما قلنا في السلم اذا شرط الجيد فجاء بما يستحق اسم
الجودة يجبر على القبول والا فلا وهذا لان الكتابة والخبازة من اسم الخصوص فلا ينطلق على
الانسان باطلاق هذا الفعل لان كل عاقل لا يعجز عن اصل هذا الفعل عادة ولو انطلق لبطل الخصوص
حينئذ ولو لم يقبضه المشتري حتى قال ليس على هذا الشرط لم يجبر على القبض حتى يعلم انه على
الشرط لانه انما يجبر على قبض المشروط ولم يثبت ذلك لانكار المشتري الا ترى انه لو اشترى
عبدا وقبضه قبل نقد الثمن ثم ادعى اباقا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري
البينة مع انه يدعي حادثا لانه ينكر وجوب تسليم الثمن فههنا اولى ولو اشترى جارية على
انها بكر فقبضها ثم قال لم اجدها بكرا وقال البائع كانت بكرا كما شرطت وذهبت بكارتها
عندك فالقول قول البائع مع يمينه هكذا ذكر هنا وذكر في الاستحسان وقال القاضي يريها
النساء فان قلن انها بكر لزم المشتري من غير يمين البائع وان قلن انها ثيب يحلف البائع البتة
لقد بعتها وسلمتها الى المشتري وانها بكر على ما ذكرنا في الباب الاول من البيوع ولم يذكر هنا ان
القاضي يريها النساء وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع وضع المسألة هنا فيما
اذا اتفق البائع والمشتري على ثيابتها في الحال ولا يفيد الاراءة وموضوع المسألة ثم انهما لم
يتفقا على الثيابة فكانت الاراءة مفيدة وانما يكون القول قول البائع لتمسكه بالاصل وان لم يقبضها
حتى اختلفا فقال البائع هي بكر وقال المشتري هي ثيب فان القاضي يريها النساء لانه امكن معرفة
ما وقع فيه النزاع من جهة غيرهما فان قلن ليست ببكر لزمت المشتري مع يمين البائع البتة انها بكر
وان قلن بكر لزمته بلا يمين البائع لان بكارتها ثبت بشهادتهن والثابت بشهادة النساء متى
تايد بمؤيد كالثابت بشهادة الرجال وقد تايدت هنا لان الظاهر شاهد لهن فان البكارة
اصل اما اذا قلن ليست ببكر يحلف البائع كذا ذكر في الجامع وروى الكرخي عن محمد والحاكم الشهيد
عن ابي يوسف انه ينقض البيع بشهادتهن قالوا ذلك جواب القياس وما ذكر في الجامع جواب
الاستحسان وجه القياس ان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال كشهادة النساء مع الرجال
ولهذا تثبت البكارة بشهادتهن وجه الاستحسان ان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه
الرجال انما يكون حجة اذا تايدت بمؤيد وهو نوع من الظاهر حتى يجعل انضمام المؤيد الى شهادتهن
كانضمام رجل وهنا لم يتايد فان قلن هي بكر تايدت بالاصل وان قلن ثيب تايدت بنكوله
وقيل ما ذكر الكرخي والحاكم هو الموافق لقولهما لان عندهما شهادتهن حجة مطلقة فيما لا يطلع عليه
الرجال ولهذا قبل قولهن عندهما في شروط الايمان لو كان شرطا لا يقف عليه الرجال كما لو قال
لامرأته ان ولدت فانت طالق فشهدت القابلة على الولادة تطلق عندهما خلافا لابي حنيفة

والمطلقة طلاقا باينا او رجعيا او المتوفي عنها زوجها اذا جاءت بالولد لم يثبت النسب عنده الا
بشهادة رجلين او رجل وامراتين وعندهما يثبت بشهادة القابلة وان لم يكن بحضرة القاضي
من يثق به من النسا لزمت المشتري ولا يمين على البايع حتى يحضر من النسا من يثق
بهن لان العيب لم يثبت وما لم يثبت العيب لا يجب على البايع يمين وينبغي ان يكون
هذا قول ابي حنيفه اما على قولهما ينبغي ان يحلف البايع على ما ذكرنا في الباب الاول وطريق
معرفة النسا ان ينظرن الى ذلك الموضع فانهن يعرفن ذلك بالمشاهدة فان اشتبه الامر ولا
يعرف بالنظر قال بعضهم يمتحن ببيضة الحمامة او ببيضة الديك فان وسعها فهي ثيب وان لم
يسع فهي بكر وقال بعضهم توقف الجارية قريبا من الجدار وتومر بان تبول فان بالت على
فخذها فهي ثيب وان بالت على الحايط فهي بكر وان لم يكن بحضرة القاضي من يثق بهن
وكان قبل القبض فالقول قول البايع ويجبر المشتري على القبض لان الاصل البكارة ما لم تتبين
الثيابة بخلاف الكتابة والخبازة لان العبد ليس بكاتب في الاصل فلا يلزم المشتري الا
بوجود تلك الصفة فيه فان قيل هلا جعلتم شرا المشتري العبد على انه خباز او كاتب او شرا
الامة على انها بكر اقرارا منه ان المبيع كذلك كما قال محمد في باب بعد هذا اذا اشترى عبدا
على انه ابق وعلى انه بري من اباقه ان ذلك اقرار منه باباقه حتى لو باع هذا العبد من اخر فطعن
المشتري فيه بالاباق واقام البينة على مقالة المشتري الاول مع البايع الاول يرده عليه
قيل له في مسالة الاباق امكن ان يجعل اقرارا منه لان الاقرار ما يكون على نفسه وشرط انه ابق
على المشتري لان هذا الشرط يذكر للتبري عن العيب وهذا مما يتم بالمشتري فامكن ان يجعل
ذلك اقرارا منه واما اشتراط هذه الاشيا اشتراط زيادة وصف على البايع وذلك
مما لا يتم بالمشتري بل به وبالبايع فلا يمكن ان يجعل هذا اقرارا لان الاقرار ما يكون على نفسه
فكان المراد من قوله على انه خباز او كاتب او بكر على ما يقوله البايع ولو صرح بذلك لا يكون
اقرارا ولو اشترى عبدا على ان يعتقه فالبيع فاسد وروى الحسن عن ابي حنيفه انه جايز
وهو قول الشافعي وهكذا روى ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفه وذكر ابن شجاع
عنهم انه اذا وفى بالشرط صح البيع فكان بمنزلة الموقوف كمن اسلم دينا له في ذمة رجل
ثم نقد في المجلس وجه رواية الحسن وقول الشافعي حديث بريرة فانها جاءت الى عايشه
رضي الله عنها تستعينها في المكاتبة قالت ان شئت عددتها لاهلك واعتقتك
ورضيت بذلك فاشتريتها واعتقتها وانما اشتريتها بشرط العتق وقد اجاز صلى الله
عليه وسلم ذلك لها ولان الشرا بشرط الاعتاق متعارف بين الناس لان بيع العبد
نسمة متعارف في الوصايا وغيرها وتفسيره البيع بشرط العتق ولان العتق
في المبيع قبض حتى اذا اعتق المشتري المبيع قبل القبض صار قابضا والقبض
من احكام العقد فاشتراطه يلايم العقد ولا يفسد وحجتنا نهي النبي صلى الله
عليه وسلم عن بيع وشرط ولان فيه منفعة للمعقود عليه والعقد لا يقتضيه

لا يقتضيه فيفسد به العقد كما لو شرط ان لا يبيع يوضحه انه شرط في الجارية ان يستولدها او في العبد
ان يدبره كان فاسدا فاذا كان اشتراط حق العتق يفسد البيع فاشتراط حقيقته اولى وعواه
انه يلايم العقد لا معنى له فان البيع يوجب الملك والعتق مبطل له فكيف يكون بينهما ملايمة
ثم هذا الشرط يمنع استدامة الملك فيكون ضد ما هو المقصود بالعقد وبيع العبد نسمة لا يكون
بشرط العتق بل يكون ذلك وعدا من المشتري ثم البيع يعقد مطلقا وهو تاويل حديث عايشه
رضي الله عنها فانها اشترت بريرة مطلقا ووعدت لها ان تعتقها لترضى بذلك فان بيع
المكاتبة لا يجوز بغير رضاها فان استهلكه المشتري فعليه قيمته لانه قبض بحكم عقد فاسد فيكون
مضمونا بالقيمة عند تعذر رد العين وان اعتقه فعليه الثمن المسمى في قول ابي حنيفه استحسانا
وفي شرح الكرخي وروى ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفه ان عليه القيمة وهو القياس
وهو قولهما لانه قبضه بحكم عقد فاسد وقد تعذر رده باعتاقه فيلزمه قيمته كما لو تعذر رده ثم
بيعه او بوجه اخر يوضحه انه لو اشتراها بشرط التدبير او الاستيلاد كانت مضمونة بالقيمة
وان وفى بالشرط فكذا في العتق اعتبارا بحقيقة الحرية لحق الحرية وابو حنيفه استحسن فقال
زال المفسد قبل تقرره فيجب الثمن كما لو اشتراه باجل مجهول ثم اسقطه قبل مضيه وبيانه ان
الحكم بفساده كان المخافة ان لا يفي المشتري وكونه في التصرف في ملكه مختارا غير مجبر
عليه وقد زال هذا المعنى حين اعتقه مختارا وحقيقة المعنى فيه ان هذا الشرط لا يلايم العقد
بنفسه ولكن يلايمه بحكم لان العتق ينهي الملك فان الملك في بني ادم ثابت الى العتق فيكون
العتق منهيا وانهاء الشي تقديره ولهذا لو اشترى عبدا فاعتقه ثم اطلع على عيب به
رجع بالنقصان بخلاف ما اذا عدل عليه ان شرا القريب اعتاق على معنى انه متمم عليه
العتق وهي الملك فكان هذا الشرط ملايما بحكمه للعقد وبصورته غير ملايم لان الانسان
لا يجبر على انها ملكه بالعتق وبالشرط يجبر عليه فلا يحكم بفساد العقد على البتات ولكنه موقوف
فان استهلكه بوجه اخر يتقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم وان اعتقه تقرر
صفة الجواز باعتبار الملايمة لحكم العقد وهو انها الملك به فيلزمه الثمن وانما سماه استحسانا
لمعنى التوقف فيه في الابتدا ومخالفة صورته معنى بخلاف شرط الاستيلاد والتدبير فان الملك
به لا ينتهي ومعنى الملايمة باعتبار انها الملك به فلهذا تتعين صفة الفساد وفي او لم يف
ولانه يسمي مالا في مقابلة شرط العتق فصار بمنزلة قوله اعتق عبدك عني على الف درهم فان ذلك
المسمى في موضع لم يصرح بالتمليك وان كان هذا المراد فكذا في الموضع الذي صرح به وقد
روى ابن شجاع عن ابي حنيفه ان المشتري لو اعتقه قبل القبض جاز فدل انه جعله عتقا على
مال فلذلك اوجب المسمى

باب في اختلاف البايع والمشتري في الثمن

اصل الباب ان المتبايعين اذا اختلفا في الثمن والسلعة قايمة في يد البايع
او المشتري فانهما يتحالفان ويترادان استحسانا وفي القياس القول قول المشتري
لانهما اتفقا على وجود اصل وادعى زيادة في حقه والمشتري ينكر فيكون القول قوله مع اليمين

لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر ولانهما اتفقا على وقوع الملك للمشتري في المبيع وان اختلفا
في الدين والاختلاف في الدين لا يوجب التحالف ولانهما اذا تحالفا يفسخ البيع في المبيع ولا يجوز ان
يفسخ عقد اخر ولكنا تركنا القياس بالسنة والمروي في الباب حديثان احدهما حديث ابن مسعود
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فالقول
ما يقوله البايع او يترادان والثاني حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا
اختلف المتبايعان تحالفا وترادا فالحديث صحيح مشهور فيترك كل قياس بمقابلته وكان القاضي
ابو حازم يقول ان كانت السلعة في يد البايع فالتحالف بطريق القياس لان كل واحد منهما يدعي حقا لنفسه
على صاحبه فان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري يدعي وجوب تسليم السلعة اليه عند اداء
ما اقر به من الثمن لان كل واحد منهما يدعي حقا لنفسه على صاحبه فان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري
يدعي وجوب تسليم السلعة اليه عند اداء ما اقر به من الثمن فيحلف كل واحد منهما وان كانت
في يد المشتري فالتحالف بخلاف القياس لان المشتري لا يدعي لنفسه على البايع
شيئا فان المبيع مسلم اليه باتفاقهما وكان ابو يوسف يقول ولا يبدأ بيمين البايع
وهو قول زفر واحدى الروايتين عن ابي حنيفة لان الشرع جعل القول قول البايع وهذا يقتضي
الاكتفاء بيمينه فان كان لا يكتفى بيمينه فلا اقل من ان يبدأ بيمينه ولان المقصود من
الاستحلاف النكول وبنكوله تنقطع المنازعة بنفسه وبنكول المشتري لا تنقطع المنازعة
لكن يجبر على ما ادعى من الثمن واليمين بقطع المنازعة فيبدأ بيمين من يكون نكوله اقرب الى
قطع المنازعة ثم رجع فقال يبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد واحدى الروايتين عن ابي
حنيفة لانه اظهرهما انكارا واليمين على المنكر ولان اول التسليمين على المشتري وهو الثمن
فكذا اول اليمينين لسبق نكوله ولهذا قلنا في بيع المقايضة ان القاضي يبدأ بيمين ايهما
شاء لانه لا يجب على احدهما التسليم قبل صاحبه وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وان حلفا جميعا
ذكر في الدعوى ان في القياس يكون البيع بينهما بالف لان الزيادة التي يدعيها البايع انتفت بيمين
المشتري وقد تصادقا على صحة البيع بينهما فيقضى بالبيع بما اتفقا عليه من الثمن ولكنا تركنا
القياس وقلنا بفسخ العقد بينهما بالسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ويترادان والمراد رد
العقد لا رد المقبوض لان ما يكون على ميزان التفاعل يقتضي وجوده من الجانبين واحد البدلين
غير مقبوض لكن انما يفسخ العقد بطلبهما او بطلب احدهما لاحتمال ان يعود احدهما الى تصديق صاحبه
وانما يفسخ عند الطلب قطعا للمنازعة لما في امتدادها من الفساد ودفع الضرر عن كل واحد منهما باعادة
رأس ماله بخلاف اللعان لان حرمة الاجتماع بين المتلاعنين ما داما مصرين حق الشرع فلا يتوقف
التفريق على الطلب فهنا فسخ العقد حقهما فيتوقف على طلبهما وايهما اقام البينة قبلت بينته
اما البايع فلانه مدع حقيقة وقد اثبت الزيادة بالبينة واما المشتري فلانه مدع صورة
لانه يدعي العقد بالف والدعوى صورة تكفي لقبول البينة كما لو ادعى المودع الرد واقام البينة
وان اقاما فبينة البايع اولى لما فيها من اثبات الزيادة وان كانت السلعة قد هلكت في يد المشتري

المشتري وخرج من ملكه ثم اختلفا في الثمن فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف القول قول
المشتري مع يمينه وعند محمد والشافعي يتحالفان ويترادان العقد على القيمة لظاهر
قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولا يمنعنا من الاستدلال
بظاهر هذا الحديث ما في الحديث الاخر من ظاهر قوله والسلعة قائمة بعينها لان ذلك مذكور
على سبيل التنبيه اي تحالفا وان كانت السلعة قائمة لان عند ذلك يتأتى تمييز الصادق
من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال ولا يتأتى ذلك بعد الهلاك فاذا كان يجري
التحالف مع امكان تمييز الصادق من الكاذب فعند عدم الامكان اولى ولان التحالف
عند قيام السلعة انما يصار اليه لان كل واحد منهما يدعي عقدا ينكره صاحبه فالبيع بالف
غير البيع بالفين الا ترى ان شاهدي البيع اذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل شهادتهما
دل عليه انه لو انفرد كل واحد منهما باقامة البينة تقبل بينته فعرفنا ان كل واحد يدعي حقا
ينكره صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وهذا المعنى عند هلاك السلعة متحقق
فصار كما لو ادعى احدهما البيع والاخر الهبة او هلك احدهما في بيع المقايضة ثم اختلفا
او قتل المبيع قبل القبض ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان واذا حلفا فقد انتفى كل
واحد من الثمنين بيمين المنكر منهما فيبقى البيع بلا ثمن والبيع بغير ثمن فاسد والمقبوض
بحكم عقد فاسد يجب رد عينه حال قيامه ورد قيمته بعد هلاكه وابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله
استدلا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر والبايع هو المدعي
والمشتري منكر فيكون القول قوله مع اليمين وهذا لان المشتري لا يدعي لنفسه شيئا
على البايع لان المبيع مملوك له مسلم اليه باتفاقهما وهذا هو القياس حال قيام السلعة ايضا
ولكن تركناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة
قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط لا على وجه التنبيه
لان قوله اذا اختلف المتبايعان شرط وقوله والسلعة قائمة بعينها معطوف على الشرط
فكان شرطا بقضية العطف والمخصوص من القياس بالسنة لا يلحق به الا ما كان في
معناه وحال هلاك السلعة ليس في معنى حال قيام السلعة لان حال قيام السلعة
يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه يفسخ العقد ويعود كل واحد منهما
الى رأس ماله بعينه وبعد هلاك السلعة لا يحصل ذلك والعقد بعد هلاك المبيع
لا يحتمل الفسخ الا ترى انه لا يفسخ بالاقالة والرد بالعيب وهذا لان الفسخ لا يرد الا على
ما ورد عليه فات لا الى بدل فان القيمة قبل الفسخ لا تكون واجبة على المشتري والفسخ
على غير محله لا يتأتى بخلاف بيع المقايضة فان احد البدلين قائم وهو معقود عليه
ولهذا اجاز الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف وكذا اذا قتل قبل القبض فالقيمة
واجبة على القاتل وهي قائمة مقام العين في امكان فسخ العقد عليها لان القيمة
الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود

عليه ولا معنى لقوله ان كل واحد منهما يدعي عقدا آخر فان العقد لا يختلف باختلاف الثمن
الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف يبيع بالفين وان البيع بالف قد يصير بالفين بالزيادة في
الثمن والبيع بالفين يصير بالف بالحط واختلاف الشاهدين انما يمنع القبول لاختلاف
العقد بل لان المدعي يكذب احدهما وقبول بينة المشتري عند الانفراد لانه مدع صورة
لا معنى وذلك يكفي لقبول البينة ولكن لا يتوجه به اليمين على خصمه كما لو ادعى المودع وان
كانت بينة مقبولة والدليل عليه ان المشتري لو كانت جارية يحل للمشتري وطيها كما لو
ادعى احدهما البيع والاخر الهبة وبهذا تبطل دعوى الفساد لانه لو كان هكذا لا يحل له وطيها
ولان القاضي انما يفسخ البيع عند الطلب وما لم يفسخ حل للمشتري وطيها ولو فسد البيع
بالتحالف لما حل له وطيها ولما تاخر حكم الفسخ الى الطلب والحديث المطلق فيه ما يدل على
قيام السلعة وهو لفظة التراد لانه ان كان المراد رد الماخوذ حسا وحقيقة فذلك انما
يتاتى عند قيام السلعة وان كان المراد رد العقد فقد بينا ان الفسخ انما يتاتى عند قيام
السلعة وان كان الفسخ انما يتاتى عند قيام السلعة مع ان المطلق والمقيد اذا وردا في
حادثة واحدة في حكم واحد فالمطلق محمول على المقيد وحرفنا ان القاضي لا يشتغل بما لا
يفيد لانه عبث اذا عرفنا هذا قال محمد رجل اشترى عبدا او جارية بمائة دينار وقبضهما
ولم ينقد الثمن فقال المشتري اشتريتهما منك صفقة واحدة بمائة دينار وقيمة العبد
الف درهم وقيمة الجارية خمسمائة العبد بثلث الثمن والجارية بالثلث وقال البايع
بعتهما منك بمائة دينار كل واحد منهما بخمسين دينارا او في صفقة على حدة او في صفقة واحدة
فلا خصومة بينهما ويومر المشتري بدفع مائة دينار الى البايع لانهما توافقا على صحة البيع
ووجوب مائة دينار على المشتري بكل حال فيومر بالتسليم اليه ولا يلتفت القاضي الى
خصومتهما واختلافهما للحال لان اعتباره لا يفيد في الحال وانما يفيد في ثاني الحال وذا قد يكون
وقد لا يكون فلو اعتبر القاضي في الحد فقد اشتغل بما لا يفيد ونظير هذا ما قالوا فيمن ادعى
على آخر انه كفل له عن فلان بما يذوب له عليه وانكر الكفيل ذلك فاراد استحلافه او اقامة
اقامة البينة قبل ان يذوب له على المكفول عنه شيء فان القاضي لا يلتفت الى خصومتهما
وكذا لو جاء رجل الى القاضي وقال ان لفلان كان الف درهم دين وقد قضيت وانا الآن في بلد
كذا وانا اريد ان اذهب الى ذلك البلد واخاف ان ياخذني بالدين وينكر القبض فاسمع
من شهودي وكتب لي بذلك كتابا الى قاضي ذلك البلد فان القاضي لا يلتفت الى كلامه
ولا يجيبه الى ذلك ولو قال انكر القبض في ذلك البلد سمع ويكتب له بذلك كتابا كذلك هنا
فان وجد بالعبد عيبا رده بخمسين دينارا ثم تحالفا على الجارية وترادا الا انهما اتفقا ان للمشتري
حق الرد وان كان الثمن مجهولا لاختلافهما في مقدار ثمنه الا ان جهالة الثمن مما لا يمنع صحة
الفسخ الا ترى انهما لو تقايلا البيع في العبد حال اختلافهما في ثمنه جاز وهذا لان الجهالة انما
تمنع فيما يحتاج الى التسمية والفسخ والاقالة لا يحتاج فيهما الى تسمية الثمن فيصح مع الجهالة هذا

هذا كما قلنا في الصلح ان جهالة المصالح عنه لا يمنع صحته وان كان مبادلة لان الجهالة انما تمنع فيما
يحتاج فيه الى التسليم ويفضي الى المنازعة المانعة من التسليم وجهالة البدل تمنع الصحة الى
التسليم وعدم تحققه مع الجهالة ومتى رد اخذ خمسين دينارا لاتفاقهما على هذا القدر
فان قيل وجب ان ياخذ منه ثلثي المائة لان البايع يدعي عليه زيادة شرط وتسمية في هذه الصفقة
والمشتري ينكر فيكون القول قوله مع يمينه قيل له بلى اذا حلف ولم يحلف بعد لانه بعد ما
حلف يحلف البايع لانهما يتحالفان في الجارية لما تبين ومتى حلف البايع في الجارية اما ان ينكل
او يحلف فان نكل رجع المشتري عليه بثلثي المائة الدينار وان حلف يفسخ البيع بينهما فياخذ
المشتري كل المائة والبايع العبد والجارية فان قيل وجب ان يتحالفان في ثمن العبد لان
الرد قد صح واختلفا في الثمن بعد الرد والاختلاف في مقدار الثمن بعد الفسخ مما يوجب
التحالف كما لو تقايلا واختلفا في مقدار الثمن قيل له التحالف هنا يودي الى الحاق الضرر
بالمشتري معيبا بعيب كان عند البايع فيتضرر به بخلاف الاقالة فوزان مسالتنا من
مسالة الاقالة ان لو تعيب العبد عند المشتري بعد الاقالة واختلفا في مقدار الثمن وثمة
لا يتحالفان الا ان يرضى البايع نفيا للضرر كما لو تعيب عند المشتري قبل الاقالة ثم اختلفا
فيرد المشتري العبد هنا قبل ان يحلف ويا خذ خمسين دينارا لان البايع اقر له بهذا القدر
وتحققت الخصومة بينهما الان لان المشتري يدعي عليه ثلثي المائة الدينار ويدعي ان الجارية
سلمت له بثلثي المائة والبايع يقر له بخمسين دينارا ويزعم ان الجارية سلمت له بخمسين دينارا
فكان الاختلاف في ثمن العبد المردود واختلافا في ثمن الجارية فيتحالفان ويترادان بالحديث
فان حلفا فسخ العقد في الجارية ايضا وقد رد العبد الى البايع بحكم العيب فترد الجارية وياخذ
منه تمام الثمن مائة دينار ان كان نقدها وان لم يكن نقدها برئ عن الثمن وان نكل البايع سلمت
الجارية للمشتري بثلث المائة ياخذ من البايع ثلث الخمسين ويسلم للبايع ثلث المائة الدينار
بمقابلة الجارية لانه لما نكل فقد اقر ان ثمن العبد ستة وستون وثلثان وقد وصل الى المشتري
خمسون فيبقى ستة عشر وثلثان وهو ثلث خمسين وان نكل المشتري سلمت الخمسون للبايع
لانه اقر ان ثمن العبد خمسون دينارا وثمن الجارية خمسون وقد سلمت الجارية للمشتري فيسلم
ثمنها للبايع ثم ذكر انهما يتحالفان في الجارية وان كان العبد زايلا عن ملكه وهذا لا يشكل على
قول محمد لان زوال المبيع عن ملك المشتري بالهلاك او البيع لا يمنع التحالف عنده وكذا على
قول ابي يوسف لان زوال الملك عن بعض المبيع لا يمنع التحالف عنده في الباقي كما لو هلك
العبد في يده او باعه من غيره والجارية قائمة في يده ثم اختلفا في ثمن الجارية او ثمنهما عند
ابي يوسف يتحالفان في الجارية وعند محمد فيهما وانما يشكل على قول ابي حنيفة فان عنده زوال
العبد عن ملك المشتري ما يمنع التحالف في الجارية كما لو هلك العبد او باعه من غيره وانما
جرى التحالف عنده لان خروج العبد عن ملك المشتري انما يمنع التحالف في القائم عنده
اذا خرج عن ملك المشتري لا الى ملك البايع لان موجب التحالف الفسخ والفسخ في القائم

متعذر اذا خرج احدهما عن ملك المشترى لا الى ملك البايع لما فيه من تفريق الصفقة على البايع قبل التمام
اذ الفسخ بخيار الرؤية من حيث ان هذا الفسخ ثبت بجهالة مقدار الثمن كالفسخ بخيار الرؤية
ثبت بجهالة اوصاف المبيع وفى مسالتنا العبد خرج عن ملك المشترى الى ملك البايع فالتحالف
فى القايم لا يودى الى تفريق الصفقة على البايع ولهذا قال ابو حنيفه لو اشترى عبدين صفقة
واحدة فهلك القبض ثم اختلفا فى مقدار الثمن فى الباقى يتحالفان لانه يؤدى الى تفريق الصفقة
على البايع قبل التمام لان الذى هلك فى يد البايع هلك على ملك البايع والباقى يعود اليه وذكر فى
المبسوط لو باع عبدا من رجلين فباع احدهما نصيبه من شريكه ثم اختلفا فى الثمن فالقول قول
المشترى الذى باع نصيبه لزوال ملكه المستفاد من جهة البايع ويجعل فى حقه كانهما
باعاه يتحالفان على حصة الاخر لقيام ملكه فى النصف الذى استفاده من جهة البايع وقيل
هذا قول ابو يوسف واما عند ابى حنيفه لا يجرى التحالف الا برضى البايع لان من اصله ان
تعذر الرد فى نصيب احدهما يمنع الفسخ فى نصيب الاخر بسبب العيب والخيار على ما عرف فيكون
القول قولهما فى الكل الا ان يرضى البايع به فحينئذ يتحالفان على حصة الاخرى وعند محمد يجرى
التحالف فى الكل ثم فى حصة الذى باع يفسخ العقد على القيمة وفى حصة الاخر على العين ولو
ماتت الجارية عند المشترى او باعها ثم رد العبد بالعيب فانه يحلف المشترى على ما ادعى
البايع من ثمن الجارية فان حلف رجع بثلثى الثمن وان نكل رجع بنصف الثمن خمسين
دينارا ولا يتحالفان عند ابى حنيفة وابى يوسف لان عندهما هلاك السلعة يمنع التحالف
فوجب المصير الى القياس والقياس ان يكون القول قول المشترى لان المردود قد بطل البيع
فيه من الاصل وصار كان المبيع هى الجارية وقد هلكت واختلفا فى ثمنها فيكون القول قوله مع
اليمين وكذا لو استحق العبد لان الاستحقاق يوجب انفساخ العقد كالرد بالعيب وهذا
بخلاف ما اذا اشتراهما صفقة واحدة بثمن واحد ثم رد احدهما بالعيب وقد هلك الاخر فى يد
المشترى واختلفا فى قيمة الهالك فقال المشترى كانت قيمة الهالك خمسمائة وقيمة
المردود معروف انها الف واراد ان يرجع عليه بثلثى الثمن وقال البايع بل قيمة الهالك الف فلك
ان ترجع على بنصف الثمن فان القول فيه قول البايع لان ثمة ما اختلفا فى ثمن الهالك ولا فى
ثمن القايم وانما اختلفا فى انقسام الثمن بعد ما اتفقا على وجوب اصل الثمن وسقوط بعضه بالرد
فالمشترى يدعى زيادة سقوط بما يدعى من الانقسام والبايع ينكر فيكون القول قوله وهى مسالتنا
اختلفا فى اصل الثمن فالمشترى يقول ثمنهما واحد وهو مائة دينار والبايع يقول ثمن كل واحد
منهما على حدة خمسون وفى ضمن ما يقوله المشترى انكار الزيادة فيما يلزمه من ثمن الجارية فيكون
القول قوله مع اليمين ولا يقال لما اختلفا فى ثمن الهالك فقد اختلفا فى ثمن المردود ايضا
والبايع ينكر زيادة السقوط بعد ما اتفقا على اصل الوجوب يجب ان يكون القول قوله ايضا
لانا نقول الاختلاف انما يعتبر فيما هو واجب لا فيما هو ساقط وثمن المردود قد سقط كيف
ما كان بقى الاختلاف المعتبر فى ثمن الهالك والمشترى هو المنكر فيكون القول قوله وفى المبسوط

وفى المبسوط اذا اشترى عبدين فقبض احدهما ومات الاخر عند البايع ثم اختلفا فى قيمة
المقبوض وفى قيمة الاخر فالقول قول المشترى مع يمينه لان حاصل اختلافهما مقدار ما قبضه
المشترى فالبايع يقول قبضت ثلثى المعقود عليه فان قيمة المقبوض الف وقيمة الاخر
خمس مائة والمشترى ينكر ذلك ويقول ما قبضت الا ثلث المعقود عليه فان قيمة المقبوض
خمسمائة وقيمة الاخر خمسمائة والمشترى ينكر ذلك ويقول ذلك ويقول ما قبضت الا
ثلث المعقود عليه فان قيمة المقبوض خمسمائة وقيمة الاخر الف فالقول قول المشترى
لانكاره القبض فيما زاد على الثلث الا ترى انه لو اشترى كر حنطة فقبض بعضه وهلك الباقى عند
البايع فقال المشترى قبضت منه ثلثه وقال البايع نصفه كان القول قول المشترى
مع يمينه لانه لو انكر القبض اصلا كان القول قوله فكذا اذا انكر قبض البعض ولو كان
المشترى قبض العبدين فمات احدهما عنده وجاء بالاخر يرده بالعيب فاختلفا فى قيمة
الميت كان القول قول البايع مع يمينه لان المشترى قبض جميع مقصود عليه
ثم وقع بينهما الاختلاف فى مقدار ما يرده بالعيب فالمشترى يدعى الزيادة والبايع ينكر
بيانه ان هناك يعلم ان الثمن كله لم يتقرر على المشترى وانما الاختلاف
بينهما فى مقدار ما تقرر فالبايع يدعى زيادة فى ذلك والمشترى ينكر وهنا اتفقا
على التقرر ثم اختلفا فى مقدار ما سقط على ما ذكرنا واذا كان القول قول البايع
يقسم الثمن على قيمة الذى يريد رده غير معيب وعليه قيمة الميت كما اقر به البايع
لان الانقسام على قيمة المبيع كما دخل فى العقد وقد دخل فى العقد غير
معيب ولو اقاما البينة على قيمة الميت اخذت ببينة البايع ايضا لانها مثبتة للزيادة
فى المشهود به وهو قيمة الميت وان تعيب المبيع عند المشترى ثم اختلفا فالقول قول
المشترى الا ان رضى البايع فيمنع الفسخ بالتحالف وعند محمد يتحالفان ويفسخ البيع
على القيمة ان رضى البايع وان ابى فعلى المشترى رد القيمة كما فى الهلاك باب

اليمين فى البيعين المتفرقين فى شئ الواحد

اصل الباب ان الشئ الواحد
اذا بيع بصفقتين كان لكل نصف حكم على حدة لان لكل عبد حكما على حدة ولهذا
الفساد فى احدهما او الشرط فى احدهما لا يوثر فى الاخر فكان كل نصف بمنزلة ذات
على حدة وحرف اخر ان حق الانسان لا يستوفى الا بطلبه والثمن حتى المدعى لانها شرعت
لاحياء حقه ولهذا اضاف النبى صلى الله عليه وسلم بحرف اللام اليه فيستوفى بقدر ما
اراد وجودها قبل طلبه لا يعتبر فكما لا يطلب الجواب الا بطلب المدعى فكذا لا استحلاف الا
بطلبه ومعنى جعل الشرع اليمين حقا للمدعى قبل المدعا عليه ان الغموس من اليمين مهلكة
على ما روى فى حديث ابى امامة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من
اقتطع بيمينه وجد له مال امرئ مسلم حرم الله عليه الجنة قيل وان كان شيئا يسيرا
يا رسول الله قال وان كان قضيبا من اراك وعن ابى مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم

يمين الغموس بيع الدار بلا قبح فعرفنا انه يمين مهلكة والمدعي يزعم ان المنكر اتلف حقه بجحوده فجعل له الشرع يمينه حتى تكون مهلكة له ان كان كما زعم المدعي فالاهلاك بمقابلة الاهلاك جزا مشروع كالقصاص وان كان كما زعم المدعا عليه فلا يضره اليمين الصادقة فبهذا يحقق معنى العدل في شرع اليمين حقا للمدعي قبل المدعا عليه ثم لو راى في تاخير الاستحلاف فربما يرجوان يحضره شهوده او يقر ولا يامن ان تكون خصومته عند قاض لا يرى قبول البينة بعد الاستحلاف فيوخر استحلافه لذلك فلهذا لا يستحلف الا بطلبه ولان من اصل ابي حنيفة انه لا يحلف الخصم اذا زعم المدعي ان شهوده حضور وعندهما اذا كان الشهود في مجلس القاضي على ما ذكرنا والمدعي هو الذي يعرف ذلك فلهذا لا يستحلف الا بطلبه وحرف اخر ان اليمين يختص بموضع الخصومة وهو مجلس الحكم حتى لو حلف في غير مجلس الحكم كان للمدعي ان يطلب من القاضي تحليفه لانها حجة دافعة للخصومة فتعتبر بالحجة القاطعة لها وهي البينة وهي تتقيد بموضع الخصومة فكذا الدافع وكذا النكول يجعل حجة في حق مجلس القاضي لانه قاطع للمنازعة فيعتبر بالحجة القاطعة لها وهي البينة في مجلس الذي نصب لهذا الامر وهو مجلس القضا والنكول في احد النصفين لا يكون نكولا في النصف الاخر لان النكول انما صار حجة باعتبار الدعوى كالبينة فلا يعتبر قبله والاقرار بالعيب في احد النصفين ينظر ان اقر بالعيب في النصف الاول يكون اقرارا به في النصف الثاني لان كون الاقرار حجة لا تتوقف على الدعوى ولا على مجلس القضا بل حجة ملزمة بنفسه ومن ضرورة وجوده في النصف الاول وجوده في النصف الثاني وان اقر به في النصف الثاني لا يكون اقرارا به في النصف الاول لجواز الحدوث بعد البيع الاول قبل وجود الثاني اذا عرفنا هذا قال محمد رجل باع نصف عبد بخمسين دينارا ثم باع النصف الاخر بمائة دينار ثم وجده المشتري اعور واراد ان يرده بالعيب فقال البايع حدث عندك بعد التعيين سبيل المشتري البينة لان الاصل في الحوادث ان تضاف بحدوثها الى اقرب الاوقات حتى تثبت بقدمها على وقت ظهورها والعيب حادث فيحكم بحدوثه وقت ظهوره فالمشتري بدعوى التقدم يدعي امرا بخلاف الظاهر فكان عليه البينة اقضى ما في الباب ان العيب موجود في الحال والحال يدل على ما مضى كما في مسالة الطاحونة الا ان التمسك بالحال يصح للدفع لا للالزام وحاجة المشتري الى الالزام فلا يصح الحال حجة بخلاف البايع لان حاجته الى الدفع وفيما اذا كان الماجار بالاجر لا تجب الاجرة بالاستصحاب بل بالعقد السابق لان العقد يقتضي وجوب الاجرة ولم يوجد المسقط نظيره ما ذكر في الجامع الصغير نصراني مات فجاءت امراته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة تمسكا بالحال في معرفة الماضي في حكم الدفع ولو مات مسلم وله امراة نصرانية فقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قول الورثة ايضا لانها تمسكت بالحال في معرفة الماضي لاستحقاق والورثة يدفعون بكونه حادثا والتمسك بالاستصحاب

بالاستصحاب يصح للدفع لا للاثبات فان لم يكن للمشتري بينة وقال اردّ النصف الاخر لاني اشتريته بالعيب عند البيع الثاني واتوقف في النصف الاول لذلك ويستحلف البايع بالله لقد باعه هذا النصف الاخر ولا عيب به لانه اشترى كل نصف بصفقة على حدة فاستحق الخصومة في كل نصف على حدة ومن استوجب قبل اخر حقين مختلفين كان له ان يدعي احدهما ويستحلفه على ذلك كما لو كان له خيار شرط او رؤية في النصفين فاراد ان ياخذ احد النصفين كان له ذلك ولا يمتنع بسبب التفريق لان العقد وقع متفرقا فكان كل نصف بمنزلة عبد على حدة بخلاف ما اذا اشترى اثنان عبدا واحدا على انهما بالخيار لا يملك احدهما رد النصف بخيار الشرط او العيب او الرؤية عند ابي حنيفة لانه خرج عن ملكه جملة فرد البعض تفريقا للصفقة عليه وتعييب العبد بالشركة اما هنا خرج عن ملكه متفرقا فلا يكون تعييبا فان حلف البايع لزم المشتري النصف الاخر وان نكل رد عليه فان حلف لان يخاصمه بعد ذلك في النصف الاول لان له ان يرد كل نصف على حدة وليس للبايع ان يقول لما حلفت انه لا عيب به عند البيع الاخر يكون حلفا مني انه ليس به هذا العيب عند البيع الاول لا محالة لان للمشتري ان يقول كذلك ويقول دعواي ان به هذا العيب في النصف الاخر يكون دعوى مني بوجود هذا العيب عند بيع النصف الاول لا محالة فحلفك في النصف الاول حصل قبل دعواي العيب في النصف الاول فلا يعتد بها لان اليمين انما جعلت حجة في موضع الخصومة فكان لي ان استحلفك ثانيا ولان كل عقد حكما على حدة وحقوقا على حدة فبطلان حقه في الاول فان حلف لزمه النصف الاول ايضا وان نكل رده وليس له ان يرد النصف الاخر وان ثبت العيب في النصف الاول ومن ضرورته ثبوته في النصف الثاني لان النكول بدل وليس من ضرورة البدل في النصف الاول البدل في النصف الثاني ولو اقر بالعيب الثاني يرد عليه النصف لا غير ولو اقر به في البيع الاول له ان يرد النصفين لان الاقرار حجة مطلقة في حقه بخلاف النكول فان قيل النكول اقرار عند ابي يوسف ومحمد ايضا فاذا نكل في النصف الاول وجب ان يكون له حق رد النصفين قيل له النكول عندهما ليس باقرار لا صريحا ولا دلالة وانما جعل اقرارا ضرورة الاعادة الى اصل حقه والاعادة بالقضا فيجعل اقرارا فيما تحقق فيه القضا والقضا انما يتحقق فيما تحقق فيه شرطه وهو الخصومة والخصومة تحققت في هذا النصف فلا يظهر القضا في النصف الاخر فلا يظهر الاقرار في النصف الاخر بخلاف صريح الاقرار ولو ان المشتري خاصمه اولا في النصف الاول لذلك لما قلنا فان نكل رد عليه النصف الاول ولا يرد النصف الثاني بنكوله عن الاول لانعدام الخصومة في النصف الثاني وله ان يخاصم في النصف الثاني خصومة مستقبلة فان حلف لزم المشتري وان نكل

يرد عليه ولو خاصم في النصفين حلف يمينا واحدة بالله لقد باعه النصف الاول وقبضه وما به
هذا العيب ولا يكرر قوله بالله لان ما هو المقصود يحصل باليمين الواحدة والكلام معطوف
فيجوز ان يكتفى باليمين الواحدة اذا ذكر فيها جميع الدعاوى لمن ادعى على الف درهم ومائة
دينار وكر حنطة وانكر المدعى عليه يستحلف يمينا واحدة ويذكر الدعاوى كلها في يمين
واحدة بالله ما له عليك الف درهم ولا مائة دينار ولا كر حنطة ولا شيء منها اصله حديث القسامة
وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم حلف يهود خيبر في القتيل الموجود بخيبر بالله ما قتلتم
وما علمتم له قاتلا اكتفى بيمين واحدة في شيئين فان حلف فيهما لزم المشتري وان نكل يرد
على البايع وان حلف في احدهما ونكل في الآخر كان لكل نصف حكم نفسه اعتبارا الحالة
الاجتماع بحالة الانفراد وفي اقرار العيون ادعى على رجل دعاوى متفرقة من الدراهم والدنانير
والمتاع والدور لا يحلفه القاضي على كل شيء على حده بل يجمع دعاويه كلها ويحلفه يمينا واحدة
على كلها وهكذا قال ابو نصر والفقيه ابو جعفر قال ان كان المدعي عرف منه التعنت كلفها
حينئذ يومر بجميع الدعاوى وان كان غير معروف بذلك لم يكلفه جميعا رجلان باعا من
رجل واحد عبدا بينهما ثم مات احدهما والبايع الآخر وارثه ثم طعن المشتري فيه بعيب فهذا
على وجهين اما ان باعه صفقة او صفقتين ولا يخلو اما ان خاصم المشتري في النصفين جميعا
او في احد النصفين فان خاصم في النصفين فعلى الوارث اليمين في نصف نفسه على البتات
ان لم يكن للمشتري بينة وفي نصيب مورثه على لان الوارث يقوم مقام الموروث في حقوق
العقد الا ان التحليف على فعله على البتات وعلى فعل غيره على العلم فيحلف يمينا واحدة بالله
لقد باعه نصفه وقبضه وما به هذا العيب ولقد باعه مورثه نصفه وقبضه وما يعلم به هذا العيب
ولقد باعه مورثه نصفه وقبضه وما يعلم به هذا العيب لانهما خصومتان مختلفتان دعوى فعل
صاحبه بخلاف المسألة الاولى لان بايع النصفين هو فيحلف في النصفين على البتات
وان خاصم في احد النصفين دون الآخر له كذلك وليس للبايع ان يقول رده كله او خذه
لان الخصومة في نصيب المورث لما تحولت الى البايع الحي صار كان
البايع في الابتداء واحد وقد باع العبد صفقتين ثم وجد المشتري بالعبد عيبا فكان
له الخيار ان شاء خاصم في النصفين وان شاء خاصم في احدهما كذلك هنا فان خاصم في
النصف الذي نصيبه وحلف على البتات كان له ان يخاصم في النصف الذي هو نصيب المورث
ويحلف على العلم لما ذكرنا وكذا لو خاصم اولا في النصف الذي باع مورثه وحلف على العلم له ان يخاصم في النصف
الذي باعه صفقة واحدة فالمشتري بالخيار لان الوارث فيما باع مورثه قائم مقامه ولو كان المورث حيا والمسألة
بحالها كان المشتري بالخيار كذلك هنا فرق بين هذا وبينهما اذا اشترى العبد كله من رجل صفقة
ثم وجد به عيبا واراد ان يخاصم في النصف دون النصف ليس له ذلك والفرق ان شرط الرد بالعيب ان يرد
كما قبض وقد وجد هذا الشرط في مسألتنا لانه قبض النصف وهو معيب بعيب الشركة والا ان يرده كذلك
بخلاف تلك المسألة واذا كان الخيار له في مسألتنا فان اختار الخصومة في احد النصفين وخاصم

في النصف الذي هو نصيب الوارث وحلف على البتات كان له ان يخاصم في النصف الذي هو نصيب
المورث ويحلف على العلم ولا ينوب الحلف في النصف الاول عن النصف الثاني لما مر ان اليمين
لا يعتد بها قبل وجود الدعوى في النصف الذي باعه المورث وكذا ان خاصم اولا
في النصف الذي باعه المورث وحلفه له ان يخاصم في النصف الذي باعه بنفسه بطريق
الاولى لما ذكرنا وان اختار الخصومة في النصفين واراد ان يرد العبد كله قال ابو يوسف
يحلف في نصيبه خاصة على البتات وينتظم ذلك الامرين جميعا وليس له ان يحلفه على
العلم فيحلف بالله لقد باعه وقبضه وما به هذا العيب وينوب ذلك عن يمينه في النصف الذي
باعه مورثه وعند محمد يجمع بين الخصومتين ويحلف عليهما يمينا واحدة كما في صفقتين
محمد سوى بين الصفقة الواحدة وصفقتين وابو يوسف فرق محمد يقول الصفقة
وان كانت واحدة حقيقة فهي متعددة حكما الا ترى ان للمشتري ان يخاصم الوارث في اي
النصفين شاء كما لو كانت متعددة حقيقة وفي الصفقتين يحلف يمينا واحدة على النصفين
فكذا هنا لان التحليف ينبني على الخصومة فلا بد من ذكر النصفين وذكر ما يوجد من فعلهما
في النصيبين في اليمين ولان الوارث قائم مقام المورث ولو كان المورث حيا يحلف
كل واحد منهما على حدة الا ترى ان وارثه لو كان غيره يحلف على العلم فيستتبع الاضعف بخلاف
الصفقتين لان العقد مختلف فلا يستتبع احدهما الآخر وبخلاف ما اذا حلف في النصف الذي
باعه مورثه على العلم لان الحلف على العلم اضعف فلا يستتبع القوي وبخلاف ما اذا كان المورث
حيا لان الناس يتفاوتون في الامتناع عن المحرم فربما يمتنع المورث عن اليمين الكاذبة
ولا يمتنع الوارث فكان التحليف مفيدا اما هنا لا فائدة لاتحاد الحالة واتحاد الحالف فاذا لم
يمتنع عن اليمين على العلم بطريق الاولى وهذا لان الحلف من حقوق العقد فكان معتبرا بالعقد
اذا اتحد العقد يتحد ما ينبني عليه وان اختلف يختلف لانه يحلف على البتات لانه اقوى
متفاوضان باعا عبدا فغاب احدهما وطعن المشتري فيه بعيب فللمشتري ان يستحلف الحاضر
يمينا واحدة في نصيبه على البتات ونصيب صاحبه على العلم اما اصل الاستحلاف فلتوجه
الخصومة عليه في الكل لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فيما هو من حقوق التجارة والرد بالعيب
من حقوق التجارة الا ترى انه لو باع احدهما شيئا كان للمشتري ان يرد على الذي لم يبع بالعيب
لقيامه مقام صاحبه فيما يلزمه من حقوق التجارة فههنا اولى وكذا للمشتري ان يستحلف الشريك
وان لم يكن بايعا قال الا ترى انهما لو كانا قصارين متفاوضين فاسلم رجل الى احدهما ثوبا اما كان
له ان ياخذ بعمله ذلك فله ذلك وللآخر ان ياخذ بالاجر اذا فرغ من العمل فكذا في حكم الرد بالعيب واما
كيفية الاستحلاف فالمسألة على وجهين اما ان باعاه صفقتين او صفقة واحدة فان باعاه صفقتين
كان للمشتري الخيار ان شاء خاصم في النصف الذي باع هو وان شاء خاصم في النصف الذي باع شريكه
وان شاء خاصم في النصفين فان خاصم في النصفين واراد استحلافه يستحلف يمينا واحدة
في نصفه على البتات وفي نصف شريكه على العلم كما ذكرنا في الوارث لان الحاضر في النصف الذي

باع الغائب قائم مقامه فكان بمنزلة الوارث فان قيل الوارث يجوز ان يقوم مقام المورث في الاستحلاف لانه وقع الياس عن يمين المورث وهنا لم يقع فلو استحلف الحاضر انما يستحلف لانه وكيل عن صاحبه والوكيل لا يستحلف لان استحلاف الموكل ممكن الا ترى انه لو اشترى شيئا ووجد به عيبا فوكل رجلا بالرد على البائع فادعى البائع رضى المشتري وانكر الوكيل لا يحلف الوكيل لان الوكالة لا تجري في اليمين قيل له الحاضر انما يستحلف من حيث انه كفيل عن الغائب فيما يستحق على الغائب من التجارة والرد بالعيب من التجارة والكفيل يجوز ان يستحلف حالة غيبة الاصيل بحكم الكفالة لا بحكم النيابة بخلاف تلك المسالة لانه نائب محض فان نكل لزمه الثمن كله النصف بحكم الاصالة والنصف بحكم الكفالة وان حلف لم يلزمه شيء فان حضر الاخر فله ان يستحلفه ايضا لان للطالب ان يستحلف الاصيل والكفيل فاستحلاف الكفيل لا يمنع استحلاف الاصيل فرق بين هذا وبينما اذا ادعى احدهما على رجل حقا للشركة من دين او رد بعيب او الرضى بعيب وانكر المدعى عليه فحلفه الحاضر ثم حضر الغائب ليس له ان يحلفه والفرق ان النيابة تجري في الاستحلاف ولا تجري في الحلف لان المقصود من الحلف للمدعي ان ينكل المدعا عليه فيقضى عليه بالنكول وهذا المقصود يفوت متى جرت النيابة في الحلف لان كل من وجبت عليه اليمين وينيب فاسقا لا يتورع من اليمين الكاذبة ولا يفوت هذا المقصود متى جرت النيابة في الاستحلاف لان استحلافه واستحلاف وكيله سوا لان الناس يتفاوتون في التورع عن اليمين الكاذبة فربما لا يمتنع الحاضر عن اليمين الكاذبة و يتورع الغائب فكان التحليف مفيدا بخلاف الاستحلاف لان الحالف شخص واحد واذا حلف مرة فالظاهر انه يحلف ثانيا بل اقدامه على الحلف في المرة الثانية اظهر فلا يفيد التحليف فان حلف انقطعت الخصومة وان نكل رده عليهما وياخذ الثمن من ايهما شاء او منهما لان جميع الثمن واجب على كل واحد منهما النصف بحكم الاصالة والنصف بحكم الكفالة الا ترى ان البائع لو كان واحدا وله شريك مفاوض فجحد البائع العيب واقر شريكه كان للمشتري ان يرده لان اقرار احدهما فيما يرجع الى التجارة يلزم شريكه وهو في الحكم كاقرارهما وياخذهما او ايهما شاء بالثمن فهذا اولى فان حلف على بعض ونكل في بعض رد الذي نكل واخذ بثمنه ايهما شاء واما اذا باعاه صفقة واحدة وقد خاصم المشتري في النصفين فعند محمد كذلك وعند ابي يوسف يحلف كل واحد منهما في نصيبه وينتظم الامرين جميعا كما قلنا في الوارث في المبسوط اذا ادعى رجل ان احد المتفاوضين باعه خادما فجحد ذلك المتفاوضان فللمدعي ان يحلف المدعا عليه البيع على البتات وشريكه على العلم لان كل واحد منهما لو اقر بما ادعاه المدعي كان اقراره ملزما اياهما فاذا انكر استحلف كل واحد منهما رجاء نكوله الا ان المدعا عليه البيع يستحلف على فعل نفسه وصاحبه على فعل الغير وايهما نكل قضى بالجارية للمشتري بالثمن الذي ادعاه لان نكوله كاقراره واقرار احدهما ملزم اياهما وكذا لو ادعى توليه او شركة او اجارة او تاجيل دين او تسليم دار بشفعة فان ادعى شيئا من ذلك عليهما يستحلف كل واحد منهما على البتات لان كل واحد منهما يحلف على فعل نفسه وايهما نكل امضى الامر عليهما وان ادعى على احدهما وهو غائب كان له ان يستحلف الحاضر

الحاضر على علمه فان حلف ثم قدم الغائب كان له ان يستحلفه البتة كما لو كانا حاضرين واذا باع احدهما متاعا افترقا ولم يعلم المشتري بافتراقهما فلكل واحد منهما ان يقبض الثمن لان بيع احدهما في حال قيام المفاوضة يثبت حق قبض الثمن لصاحبه فلا يبطل ذلك بافتراقهما وما لم يعلم به المشتري حتى اذا قضى الثمن لاحدهما وهو لا يعلم بافتراقهما برئ لانه استحق براءة ذمته عند دفع الثمن الى احدهما فلا يبطل بافتراقهما ما لم يعلم به وهذا لان المشتري بمنزلة الوكيل من جهة البائع في تسليم الثمن الى شريكه فهما بالافتراق قصدا عزله وعزل الوكالة قصدا لا يثبت في حق من لم يعلم بالفرقة لم يكن له ان يدفع الثمن الى الذي ولي البيع لان حكم العزل يثبت في حقه لما علم به اذ لا ضرر عليه في ذلك وهذا بخلاف ما اذا مات البائع لان موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكما لتحول ملكه الى الوارث ولا يتوقف ثبوت حكمه على العلم به الا ترى ان الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم به بخلاف ما اذا عزله قصدا وان وجد المشتري به عيبا لم يكن له ان يخاصم الا الذي ولي البيع لان الشركة قد انقطعت والخصومة في العيب من حقوق العقد فانما يتعلق بالعاقد خاصة ثم يرجع العاقد بنصف ذلك على شريكه لانه في النصف كان وكيله فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة ولو كان رده على شريكه بالعيب قبل الفرقة وحكم له بالثمن او بنقصان العيب عند تعذر الرد ثم افترقا كان له ان ياخذ ايهما شاء لان هذا دين لزم احدهما في حال قيام الشركة وصار الاخر مطالبا بحكم الكفالة فافتراقهما لا يبطل حق صاحب الدين عن مطالبة كل واحد منهما كسائر الديون ولو استحق العبد بعد الفرقة وقد كان له ان ياخذ الثمن ايهما شاء لان البيع في المستحق كان للمشتري ان يطالب به ايهما شاء فاما في الرد بالعيب بعد الفرقة لا يتبين بطلان البيع من الاصل ولكنه كان صحيحا الى وقت الرد وانما وجب الثمن على البائع حين رد عليه المبيع فاذا كان بعد الفرقة ليس للمشتري ان يطالب به الاخر والله اعلم

باب من البيوع في العروض والديون

اصل الباب ان بيع الدين بالدين جائز اذا افترقا بعد قبض البدلين اما حقيقة او حكما سوا كان العقد صرفا او اشترى فلوسا بدراهم حتى لم يكن صرفا وتقابضا كان البيع جائزا وان كان هذا بيع دين بدين لان المفسد هو الافتراق على دين بدين واما حكما بان كان له على اخر عشرة دراهم وللاخر عليه دينار فاشترى كل واحد منهما ما له عليه بما له على صاحبه حتى كان العقد صرفا او كان على اخر مائة فلس وللاخر عليه درهم فاشترى كل واحد منهما ما عليه بما له حتى لم يكن صرفا فان تفرقا جاز ذلك لوجود القبض حكما لان ما في ذمة كل واحد منهما مقبوض لان ذمته في يده وهذا لان قبض احد البدلين في الصرف وفيما لا يتعين انما يشترط احترازا عن الكالي بالكالي واذا اشترط قبض احدهما يشترط قبضهما اما لعدم الاولوية او لان للنقد فضلا على النسيئة ولو لم يقبض الاخر يظهر الفضل الخالي عن العوض فيكون ربا وهذا انما يكون في دين يشترط قبضه بحكم العقد اما في دين سقط بالعقد لا يظهر الفضل لسقوطهما معا وحرفا ان بيع ممن عليه الدين يجوز ومن غير من عليه الدين لا يجوز لان في بيعه ممن عليه لا يحتاج الى التسليم لان المبيع مسلم اليه بخلاف البيع عن غيره وهذا لان البيع لا يرد الا على مال متقوم وما في ذمة زيد

لا يكون مالا متقوما في حق عمرو فلا يجوز بيعه ولان البايع لا يقدر على تسليمه حتى يتوفى ولا يدرى
متى يستوفى وهذا على قول من يقول النقد المضاف اليه يتعين في العقد وكذا الشرا بدين على
الغير جائز عنده وهو قول زفر اما عندنا بيع الدين من غير من عليه الدين والشرا بالدين من
غير من عليه الدين سواكل ذلك باطل وعند زفر الشرا صحيح كما يصح ممن عليه الدين لان الشرا
لا يتعلق بالدين المضاف اليه الا ترى انه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على ان لا دين كان
الشرا صحيحا بمثل ذلك من الثمن في ذمته فكذلك هنا يصح الشرا بمثل ذلك الدين في ذمة
المشتري وهذا لانه اذا اضاف العقد الى الدين فانما يتعين ذلك لتتميم الملك فيه ولا
يحصل هذا المقصود عند اضافة الشرا الى الدين لكنا نقول تمليك الدين من غير من عليه الدين
بالبدل ولو ملكه بغير بدل لم يجز فاذا ملكه ببدل اولى ثم للفساد هنا طريقان
احدهما انه باضافة الشرا الى الدين يصير كانه شرط لنفسه الاجل الى ان يخرج ذلك الدين فيتمكن
من ادا الثمن ولا يدرى متى يخرج وشرط الاجل المجهول يفسد العقد والثاني انه شرط ان يكون
ثمن المشتري في ذمة غير المشتري مستحقا بالشرا وذلك لا يجوز لان هذا
شرط لا يلايم العقد لان قضية العقد ثبوت الحكم للمتعاقدين وفيه منفعة
لاحدهما باسقاط المطالبة بموجب العقد فلا يصح كما لو شرط ملك المبيع لغيره او
شرط التسليم على غيره وبه فارق ما اذا اشترى بالدين ممن عليه او اشترى
بالدين المظنون وكذا لو قال اسلمت اليك العشرة التي في ذمة فلان في قفيز
حنطة ثم قبضها وسلمها قبل الافتراق او سلم من غيرهما لا يصح لانه شرط استيفا
راس المال من غير العاقد وانه خلاف مقتضى العقد بخلاف ما اذا اضاف الى دين في
ذمته لانه شرط الاستيفا من مال العاقد وانه مقتضى العقد. وحرف اخر ان كل مال يتعين
بالاشارة في العقد اذا كان عينا يتعين بالاشارة والاضافة اليه ان كان دينا في الذمة
وكل مال لا يتعين بالاشارة اليه اذا كان عينا لا يتعين بالاشارة اذا كان دينا في
الذمة لان العين من جنس الدين الا ان احدهما موجود حقيقة والاخر موجود في الذمة
حكما. وحرف اخر ان القرض يصير ملكا للمستقرض بنفس القبض عند ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين
عن ابي يوسف وعنه في رواية انه لا يملك الا بالاستهلاك حتى كان للمدعي ان يسترد منه بعينه وليس
له الامساك ودفع مثله. اذا عرفنا هذا قال محمد رجل اقرض رجلا كرا من طعام وقبضه المستقرض
ثم ان المستقرض اشترى الكر الذي في ذمته من المقرض بمائة درهم جاز لانه دين لم يجب بعقد الصرف
والسلم فيجوز تمليكه ممن عليه والاستبدال به قبل القبض كثمن البيع والاصل فيه ما ذكرنا من حديث
ابن عمر رضي الله عنهما ولان المستقرض ملك الكر بالقبض وانه مضمون عليه بمثله في الذمة فصار
مثل الكر الذي قبضه مالا مملوكا للمقرض فيكون بايعا ملك نفسه فيصح وعن الطحاوي ان
الاستبدال ببدل القرض لا يجوز وكانه ذهب الى انه لما لم يثبت فيه الاجل فهو بمنزلة العين
ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض كالمبيع او بمنزلة دين لا يقبل الاجل كبدل الصرف والسلم وهو

وهو غير صحيح فان القرض انما لا يقبل الاجل لانه بمنزلة العارية لما نذكر وما يسترد في حكم
غير المقبوض والاستبدال قبل الاسترداد جائز وعلى قياس ما روي عن ابي يوسف في
غير رواية الاصول ان المستقرض لا يملك المستقرض بالقبض ما لم يستهلكه على ما نذكر لا
يجوز البيع لانه ما دام القرض قائما في يده فالمقرض لا يستوجب مثل ذلك في ذمته فاذا باع ما في
ذمته وليس في ذمته شي كان بايعا للمعدوم وانه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز ثم اذا جاز البيع
عند الكل في ظاهر الرواية فان قبض المقرض الثمن قبل الافتراق جاز لانهما افترقا عن عين
بدين في غير الصرف فيجوز وان افترقا من غير قبض بطل العقد لانهما افترقا عن دين بدين
لان كل واحد منهما بقي مطالبا بدين صاحبه وقد قال صلى الله عليه وسلم في حديث ابن
عمر رضي الله عنهما لا باس اذا افترقتما وليس بينكما عمل فلا يجوز بدون هذا الشرط فرق بين هذا
وبينما اذا كان للمستقرض على المقرض كر حنطة ثم ان كل واحد منهما باع ما له عليه بما لصاحبه عليه فانه
يجوز والفرق ان الافتراق هنا حصل بعد قبض البدلين حكما لان بنفس الشرا ملك كل واحد
منهما ما في ذمته فصار قابضا لان ذمته في يده الا ترى انه لم يبق لاحدهما حق ومطالبة على الاخر
فان قيل المستقرض هنا ايضا صار قابضا ما في ذمته حكما ولهذا يسقط عنه فقد وجد قبض
احد البدلين فكان افترقا عن عين بدين وقبض احد البدلين يكفي فيما ليس بصرف
قلنا نعم صار قابضا له بذمته لكن دينا لا عينا لان الدين لا يتعين الا بقبض مال عين وذلك
لا يحصل بالقبض بالذمة فلا يخرج به من ان يكون دينا بدين هذا كما ذكر في كتاب الصرف
اذا اقرض رجلا درهما ثم اشترى به فلوسا بعينها او بغير عينها فهو جائز ان قبضها قبل
ان يتفرقا لان الفلوس الرايجة لا تتعين عندهما بلمثها بخلاف جنسها فان فارقه قبل القبض بطل
لانه دين بدين وان كان قبض البدلين في المجلس ليس بشرط لانعدام الصرفية وان كان كل واحد منهما
ثمنا وكذا لو اضاف السلم الى دين على المسلم اليه وافترقا قبل قبض راس المال بطل العقد لانهما افترقا
عن دين بدين وان كان المسلم اليه يصير قابضا ما في ذمته حكما لان به لا يخرج من ان يكون دينا
ولا يصير عينا كذلك هنا فان نقد المستقرض الثمن قبل الافتراق حتى جاز العقد ثم وجد
بالكر القرض عيبا ليس له ان يرده لكن يرجع بنقصان العيب لان الفسخ انما يرد على ما يرد عليه العقد
والعقد لم يرد على الكر القرض لان المستقرض ملكه بالقبض وانما ورد على ما وجب في ذمته بمقابلة الكر القرض
وقد تعذر رده لانه سقط عنه بالمقاصة فصار بمنزلة الهالك والاصل انه متى تعذر رد المبيع على البايع
لا بفعل المشتري كان له الرجوع بالنقصان وصار كانه اشترى كر حنطة بعينه فهلك عنده ثم وجد به عيبا بعدما
هلك يرجع بنقصان العيب كذلك وطريق معرفة النقصان ان يقوم الكر القرض ولا عيب ويقوم وبه عيب فيرجع
بفضل ما بينهما وان كان العقد وارد على ما في الذمة لا عليه لكن ما في الذمة مثل القرض لان القرض مضمون
بالمثل وتعذر تقويم ما في الذمة فيقوم وكذلك لو كان المستقرض استهلك الكر القرض قبل القبض او
بعده لان مثله وجب في ذمته والبيع تناول المثل لا عين المقبوض فسواهلك قبل القبض
او بعده او قبل البيع لا يختلف الجواب عندهما وعند ابي يوسف يجوز هنا ايضا لانه

او بعد ملكه بالاستهلاك بخلاف الاول وكذا لو كان القرض شعيرا او شيئا اخر مما يكال او يوزن
الا الدراهم والدنانير والفلوس لان هذه الاموال مما يتعلق العقد بعينها ويتعين بالاشارة اليها اذا
كان عينا فكذا اذا اشار اليها وهو دين فصار الجواب فيه كالجواب في الحنطة الا الدراهم
والدنانير والفلوس ثم فسر الاستثنا فقال لو ان رجلا اقرض رجلا مائة درهم على انها جياد فقبضها
ولم يستهلكها حتى اشتراها من المقرض بعشرة دنانير جاز العقد عندهم جميعا اما في ظاهر الرواية
فلانه ملك الدراهم بنفس القبض ووجب المثل في ذمته واما على ما روي عن ابي يوسف فلان المقرض
وان صار بايعا منه الدراهم التي في ذمته وليس في ذمته دراهم لكن بيع الدراهم وليس في ذمته دراهم
جائز لان الدراهم ثمن وبيع الثمن جائز وان لم يكن في ذمته الثمن لانه لا يتعين في العقد ولهذا لو
اشترى شيئا بدين له على البايع ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين لا يبطل العقد بخلاف الكر ثم اذا نقد
العشرة في المجلس مضى العقد على الصحة وان لم ينقد حتى افترقا بطل لما قلنا فان نقد العشرة ثم وجد
المستقرض دراهم القرض نبهرجة او زيوفا وقد افترقا او لم يفترقا ليس له ان يرد على المقرض ولان يرجع
بنقصان العيب اما الرد فلما قلنا في الحنطة واما الرجوع بالنقصان فرق بينه وبين الحنطة والفرق
ان الرجوع بنقصان العيب في الحنطة لا يودي الى الربا وهنا يودي لان الدراهم لا تتعين بالتعيين
عينا كان او دينا فيتعلق العقد بمثل ما كان ثابتا للمقرض في ذمة المستقرض بهذا العقد ثم يصير
ما في ذمة كل واحد منهما من الدراهم لصاحبه قصاصا بالاخر فتصير الدراهم بالدراهم فلو قلنا بانه
يرجع بنقصان العيب يودي الى الربا لان الجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس لا قيمة لها
فاما الحنطة تتعين بالتعيين عينا كان او دينا فكان بمقابلة الحنطة دراهم في ذمة المشتري الحنطة
والربا لا يجري بين الحنطة والدراهم فلو قلنا بالرجوع بنقصان العيب لا يودي الى الربا الا ترى انه
لو اشترى من رجل عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم استهلك العشرة ثم علم بعد ذلك انها زيوف
او نبهرجة ان البيع لازم ولا شي لواحد منهما على صاحبه لانه لو رجع بالنقصان والدراهم
التي قبضها بحكم الصرف على التحقيق ليس بدل الدينار لان العقد ورد على ما في ذمته ثم يسلم
مثل ما في ذمته فيصير مضمونا عليه ثم يقع المقاصة هذا هو طريق استيفا الديون من الدراهم والدنانير
فلو رجع عليه بنقصان العيب ادى الى الربا لانه يسلم له ما في ذمته بمثله وشي
والاستبدال ببدل الصرف وان كان لا يجوز وهذا استبدال حقيقة لكن في الحكم جعل كانه عين حقه
فلا يكون استبدالا محضا والحرام هو الاستبدال المحض هذا كما قلنا في السلم ان الاستبدال
بالمسلم فيه لا يجوز وانه دين في الذمة والمقبوض عين والعين غير الدين فيكون استبدالا حقيقة
لان الشارع جعل عين حقه حكما ضرورة جواز العقد ولهذا لو اسلم عشرة دراهم في كر حنطة فاشترى
المسلم اليه من رجل كرا وامر رب المسلم بقبضه قضا فقبضه لم يكن قضا لانه يصير بايعا من وجه ما
ما اشترى مكايلة الا ان المقبوض جعل عين حقه حكما حتى لا يصير مستبدلا بما فيما وراء ذلك فهو كالبايع
عند الاقتضا فوزان الحنطة من الدراهم ان لو اشترى الحنطة بالحنطة وهلك في يده ثم وجد به عيبا لا يرجع بالنقصان
لانه يودي الى الربا ولهذا لو غصب حنطة فعفنت في يده كان المالك بالخيار ان شاء اخذ

اخذ حنطته ولا شي له من النقصان وان شاء ضمنه حنطة مثل حنطته لانه لو اخذ وضمنه النقصان يودي الى
افراز الجودة عن الاصل وجعلها متقومة في الاموال الربوية مع ان الشرع اهدرها واذا امتنع الرجوع
بالنقصان هل له ان يرد مثل المقبوض بحكم القرض على المقرض ويرجع عليه بمائة جيادا عند ابي حنيفة ومحمد
لا وعند ابي يوسف له ذلك اصله من كان له على اخر دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم
به فانفقها او هلكت ثم علم بذلك عندهما لا يرجع عليه بشي وعنده يرد عليه مثل ما قبض ويرجع بحقه
وقد استشهد في الكتاب بهذه المسالة لانه لما اشترى المستقرض من المقرض المائة التي عليه لم يقع
العقد على تلك الدراهم بنفس الشرا ثم صار قصاصا بالدراهم التي عليها ووجب المقاصة استيفا فصار كان
المستقرض كان له على المقرض دراهم فقبضها ثم علم بانها زيوف او نبهرجة بعد ما انفقها فكانت هذه
المسالة عين تلك ابو يوسف اعتبر حقه في الجودة لانه متقوم حقيقة ودفع الضرر عن القابض واجب
وقد امكن تضمين المثل لان المقبوض ليس عين حقه من كل وجه لان حقه في دراهم موصوفة وهذا لان حاله
لا يكون اشق من حال الغاصب بغصب الزيوف لا يضمن الجياد فهذا اولى ولا يقال بانه انما يستقيم
هذا بواسطة التضمين والتضمين غير ممكن فيما هو مملوك له لانا لا نسلم انه ملكه ملكه بقضية المقاصة
انما يكون بين المثلين على الاطلاق وقد ظهر ان ما سلم له بحكم المقاصة ليس بمثل حقه على الاطلاق
لهما ان حقه في الفسخ لا غير وقد عجز عن فسخ بالهلاك وفي الرجوع بالنقصان ربا الا ترى ان رجلا
لو اشترى ابريق فضة وزنه مائة وتقابضا ثم وجد بالابريق عيبا فلم يرد حتى هلك عنده
بطل حقه في الرد ولا يرجع بنقصان العيب كذلك هنا حتى لو اشتراه بالدنانير يرجع
بالنقصان لانعدام الربا ولان رد المثل لا ينقض القبض في المقبوض فاذا لم ينقض بقي مقررا فكيف
يرجع بمثله ولو باع المقرض الكر الذي عليه بكر وسط وقبض المقرض الكر جاز لان الافتراق حصل عن
عين بدين فيما ليس بصرف وان لم يقبضه حتى افترقا لم يجز لان الافتراق حصل عن دين
بدين فالافتراق حال قيام احد الدينين في ذمة احدهما قبل تضمين الاخر فيكون دينا
بدين واذا قبضه ثم وجد المستقرض بالكر القرض عيبا لم يرده ولم يرجع بالنقصان اما عدم الرد
فلان البيع لم يرد على هذا الكر بعينه وانما ورد على مثله واما عدم الرجوع بالنقصان لانه
يودي الى الربا لانه اشترى الحنطة بالحنطة والربا يجري بينهم على ما ذكرنا ولو اشترى
المستقرض الكر القرض بعينه لم يجز ولو باعه من المقرض جاز لان المستقرض ملك الكر
بالقبض رقبة ويدا فاذا اشترى فهذا الشرا لا يعيد له ملك الرقبة ولا ملك التصرف فلا
يجوز وهذا بخلاف ما لو اشترى شيئا وقبضه ثم اشتراه ثانيا باقل من الثمن
الاول او باكثر فانه يجوز وان كان مملوكا له لان ثمه ملكه بالعقد وانه يحتمل النقض فاقدامهما
على العقد الثاني يكون فسخا للعقد الاول وانشا لعقد اخر اما القرض صحته وتملكه
بالقبض فما دام القبض باقيا كان ملكه باقيا ولا يزول ملكه الا بزوال القبض و
نقض القبض بطريق الاقتضا ممتنع واذا باع من المقرض فهذا البيع يفيد للمقرض
ملك الرقبة وملك التصرف فجاز وهذا جواب ظاهر الرواية فاما على رواية ابي يوسف

يجوز شرا المستقرض ولم يجز البيع من المقرض لان عنده لم يملك المستقرض الكر القرض بنفس القبض وقيل يجوز على قوله ايضا لانه ان لم يملكه بنفس القبض ولكن يملكه بالاستهلاك وبيع المقرض نوع استهلاك فيملكه وعلى هذا الوارد المقرض ان ياخذ عين ما اخذ منه المستقرض ومنع المستقرض واراد ان يعطيه كرا مثله ففي ظاهر الرواية للمستقرض ذلك وفي رواية ابي يوسف ليس له ذلك وجه ظاهر الرواية ان القرض اعارة بدليل انه لا يقبل التاجيل ولا يملكه العبد الماذون والمكاتب والاب والوصي والاعارة تمليك المنفعة لا تمليك العين الا ان ما لا يمكن الانتفاع به من الاعيان الا بعد استهلاكها قام العين مقام المنفعة حكما ولو كانت منفعة حقيقة لا يملكها الا بعد القبض والاستهلاك فكذا اذا كانت منفعة حكما وجه ظاهر الرواية ان المستقرض يملك العين بالقبض لانه يملك المنفعة ومنفعة المكيل والموزون لا تنفصل عن العين والعين لما قام مقام المنفعة فيما لا يتهيا الانتفاع الا بعد الاستهلاك يقوم قبض العين مقام قبض المنفعة ايضا لهذه الضرورة والمنفعة في باب الاعارة تملك بالقبض فكذا هذا العين تملك بالقبض واذا تملك العين التحق بسائر املاكه والدليل عليه ان المستقرض لو باع من غيره جاز وكان الثمن له ولو بقي على ملك المقرض قبل الاستهلاك لكان يقف البيع على اجازته وكذا سائر تصرفاته من الهبة والصدقة وهذا لانه دين في ذمته صورة وقد جعل كالعين حكما لما ذكر فلاعتبار انه دين صورة جعلناه اختيارا محل القضا الحمن في ذمته ولاعتبار انه عين حكما قلنا لا يلزم فيه الاجل ثم الاصل ان ما يكون مضمونا بالمثل على الغاصب والمستهلك يجوز استدانته لانه مضمون بالمثل من غير احتمال الزيادة لان طريق معرفة القيمة الحزر والظن فلا يثبت فيه المماثلة المعتبرة في القرض كما لا تثبت به المماثلة المشروطة في مال الربا واصل اخراج القرض في معنى العارية لان ما يسترده المقرض في الحكم كانه عين ما دفع اذ لو يجعل كذلك كان مقابلة الشيء بجنسه وذلك حرام فكل ما يحتمل حقيقة الاعادة مما ينتفع به مع بقا عينه لا يجوز اقراضه لان اعارته لا تؤثر في عينه حتى لا يملك بها العين ولا يستحق استدامة اليد فيه كذلك اقراضه لا يثبت ملكا صحيحا في عينه وكل ما لا تتاتى فيه الاعارة حقيقة مما ينتفع به لا مع بقا عينه فاقراضه واعارته سوا لان منافعه لا تنفصل عن عينه فاقراضه واعارته تمليك لعينه اذا ثبت هذا فنقول الاقراض جائز في كل مكيل او موزون والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض لانها مضمونة بالمثل واما الحيوان فلا يجوز استقراض شيء منها وعند الشافعي يجوز الا في الجواري لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه استقرض بكرا ورد رباعيا وقال خيركم احسنكم قضا ولان الحيوان ما ثبت دينا في الذمة اما عندي في السلم وعندكم في النكاح والخلع والعتق والصلح عن دم العمد والدية فيجوز استقراضه كالمكيل والموزون وهذا لان موجب القرض ملك المقبوض بعينه وثبوت مثله في الذمة والحيوان محل لذلك فلما كان محتملا لموجب القرض كان الاستقراض جائزا الا ان في الجواري لا اجوزه السلم على احد القولين وعلى القول اجوز السلم الفرق ان المقصود في الجواري ملك المتعة وعقد المعاوضة مشروعة لاثبات الملك المتعة اما القرض بدل بطريق التبرع وملك المتعة لا يثبت بطريق التبرع ولا مدخل للتبرع فيه فلهذا لا يجوز الاستقراض بخلاف سائر الحيوانات فان ما هو المقصود

المقصود بها يعمل فيه البدل ويثبت بطريق التبرع فيجوز استقراضه وحجتنا في ذلك ان هذا عين مضمون بالقيمة على مستهلكه فلا يجوز استقراضه كالجواري وبهذا تبين انه لا يمكن اثبات الحيوان دينا في الذمة بمقابلة ما هو مال مع اعتبار المعادلة في القيمة لانه لا يصار في المستهلكات الى القيمة الا عند تعذر ايجاب المثل وموجب القرض ثبوت المثل في الذمة بشرط المعادلة في المالية فاذا تعذر ذلك في الحيوان لم يجز استقراضه وبه فارق ثبوت الحيوان في الذمة بدلا عما ليس بمال لان ذلك ليس بشرط المعادلة في المالية مع انه لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حتى لو اتى بالقيمة اجبرت على قبوله ولا مدخل لذلك في القرض ابتدا وعذره في الجواري لا يصح لان المقصود ملك العين والمالية وذلك يعمل فيه البدل ويثبت بطريق التبرع الا ترى ان ملك العين والمالية يثبت فيهما بدون ملك المتعة بان كانت اخته من الرضاع او منكوحة الغير ولان الحيوان تنفصل منفعته عن عينه والاستقراض لا يجوز في مثله كالحر وتحقيقه ما قلنا ان الاقراض بمنزلة الاعارة ففيما تنفصل المنفعة فيه عن العين يتاتى حقيقة فلا حاجة الى تصحيح الاستقراض فيه واما الحديث فانما استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم لبيت المال حتى روي انه قضاه من ابل الصدقة وما كان يقضي ما استقرض لنفسه من ابل الصدقة وبيت المال يثبت له وعليه حقوق مجهولة وقيل كان استسلف في الصدقة بكرا فان الاستسلاف والاستقراض يتقاربان ثم لم تجب الزكاة على صاحب المال فرده بعد ما صار رباعيا وقيل هذا كان في وقت كان الحيوان مضمونا بالمثل ثم انتسخ ذلك فان قبض الحيوان بحكم القرض وجب عليه رده ولو باعه جهة وعليه قيمته لان المقبوض بحكم قرض فاسد بمنزلة المقبوض بحكم بيع فاسد اذ الفاسد معتبر بالجائز لانه لا يمكن ان يجعل الفاسد اصلا في معرفة حكم لان الشرع لا يرد به فلا بد من اعتباره بالجائز وكذلك العقار والثياب لا استقراض فيهما كالاستقراض في الحيوان وفرق علماونا بين السلم والقرض في الثياب قال الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا الا موجلا والقرض لا يكون الا حالا وحقيقة المعنى فيه ان المعتبر في السلم فيه اعلام المالية وجه لا يبقى فيه تفاوت الا يسير ليكون المقصود بالعقد معلوما للعاقد وذلك في الثياب بذكر الوصف ممكن اما في القرض الشرط اعتبار المماثلة في العين المقبوض وصفة المالية وذلك لا يوجد في الثياب بدليل انها لا تضمن بالمثل عند الاستهلاك ولا يجوز الاجل في القرض معناه انه لو اجله عند الاقراض مدة معلومة او بعد الاقراض لا يثبت الاجل وله ان يطالبه به في الحال وعند مالك يثبت الاجل لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز التاجيل فيه كالثمن والاجرة ودليله ان التاجيل اسقاط المطالبة الى مدة واسقاط المطالبة ببدل القرض لا الى غاية بالابرا صحيح والتاجيل اولى ولنا فيه طريقان احدهما ان المقرض متبرع ولهذا لا يصح ممن لا يملك التبرع فلو لزم الاجل فيه لصار المتبرع ملزوما المتبرع شيا وهو الكف عن المطالبة الى مضي الاجل وذلك يناقض موضوع التبرع وشرط ما يناقض موضوع العقد لا يصح وكذلك الحاقه به لا يصح والثاني ان القرض بمنزلة العارية على ما قررنا والتوقيت في العارية لا يلزم حتى ان المعير وان وقت سنة له ان يسترد من ساعته وكذا الاجل في القرض وبه تبين الجواب عن قوله هو دين لان بدل القرض في الحكم غير المقبوض اذ لو جعله

دينا على الحقيقة كان بدلا عن المقبوض فيكون مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهذا بخلاف الابرا لان به يزول ملكه وان الدائن المالك بالتبرع صحيح اما بالقرض لا يزول ملكه فلو لزم الاجل لكان يلزمه الكف عن المطالبة واما التاجيل في بدل الغصب والمستهلك يجوز عندنا ولا يجوز عند زفر والشافعي اما عند الشافعي فلان عنده الاجل لا يثبت في شيء من الديون الا بالشرط في عقد المعاوضة حتى لو اجل في الثمن بعد البيع لا يثبت الاجل لان الشرط انما يعتبر في ضمن العقد اللازم اما متفردا عن العقد لا يتعلق به اللزوم لكنا نقول ما كان دينا على الحقيقة اذا لم يكن مستحق القبض في المجلس فاسقاط القبض فيه بالابرا صحيح فكذا التاجيل اما زفر يقول المستهلك مضمون بالمثل كالمستقرض فكما لا يلزم الاجل في القرض فكذا في بدل الغصب وهذا لان المعتبر فيهما المعادلة في صفة المالية وبين الموجل والحال تفاوت في المالية من حيث المعنى فالتاجيل فيه بمنزلة الالتزام الرد اجود مما قبض او ازيف او اردى منه وذلك لا يجوز ولنا ما وجه قولنا ان بدل المستهلك دين في الذمة على الحقيقة فاشتراط الاجل فيه يلزم كسائر الديون بخلاف المستقرض فانه في حكم العين والقرض بمنزلة العارية على ما ذكرنا ولهذا قال ابو يوسف لا يملكه بالقبض وعارية الدراهم والدنانير قرض لان الاصل الذي قلنا ان القرض بمنزلة العارية والعارية في كل ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك عينه يكون قرضا وهذا لان المعير سلط المستعير على الانتفاع بالمستعار على ان يرده عليه وفيما يجوز فيه القرض المنفعة لا تنفصل عن العين فيكون بالاعارة مسلطا له على استهلاك العين في حاجته على ان يرد عليه مثله وذلك اقراض رجل اقرض رجلا مائة درهم على انها جياد وقبضه المستقرض ثم اشترى بها منه بعشرة دنانير وقبض المقرض الدنانير ثم وجد المستقرض دراهم القرض ستوقة ولم يتفرقا رجع على المقرض بمائة جياد ويرد عليه الستوقة ولو تفرقا فسد العقد ويرجع على المقرض بدنانيره ويرد الستوقة لانه ظهر انه لم يكن في ذمة المستقرض دراهم وان المقاصة لم تقع لان الرصاص والستوقة ليس من جنس الدراهم فالمقرض قبض ما باع المستقرض وهو الدنانير ولم يسلم له المستقرض ما اشتراه وهو الدراهم الا ان العقد وقع على الدراهم في الذمة ابتداء وتاخير القبض الى اخر المجلس عفو فاذا علم به قبل الافتراق يدفع المقرض الدراهم ويسلم له الدنانير وان افترقا قبل القبض فسد بخلاف الزيوف والبنهرجة لانهما من جنس الدراهم الا انها معيبة والاخذ بالاستحقاق بمنزلة الرصاص والستوقة لانه يبطل القبض من الاصل الا ترى انه لو اشترى من رجل عشرة دراهم بدينار وتقابضا واستهلك قابض الدراهم الدراهم ثم علم انها ستوقة ان كانا لم يتفرقا قبض الدراهم الجياد وكان عليه قيمة الدراهم الستوقة لانها سلعة والقرض باطل فيكون مضمونا وان تفرقا فسد العقد ولو كانت بنهرجة مضى العقد على الصحة ولا يرجع بشيء على ما ذكرنا وكذا لو كان الدين دنانير او فلوسا فاشترى بها بالدراهم ثم وجد الدنانير او الفلوس بنهرجة او ستوقة فهو على ما ذكرنا الا في الفلوس فانه لو وجدها ستوقة وتفرقا بعد قبض الدراهم لا يفسد البيع لان الفلوس الرائجة وان كانت ثمنا حتى لا تتعين بمنزلة الدراهم والدنانير الا ان اشتراط القبض في الدراهم والدنانير ما كان باعتبار الثمنية بل باعتبار كون العقد صرفا فقد وجد الافتراق بعد قبض احد البدلين فيما ليس بصرف فيجوز رجل ادعى على اخر شيئا مما يكال او يوزن او يعد غير

الدراهم والدنانير والفلوس فاشتراه المدعى عليه من المدعي ودفع الثمن ثم تصادقا انه لم يكن عليه بطل العقد واسترد ما دفع اليه سواء كان قبل الافتراق او بعده ولو ادعى دراهم او دنانير او فلوسا فباعها منه وقبض الثمن ثم تصادقا انه لم يكن له عليه شيء ان كان قبل الافتراق لم يبطل البيع وكان على المدعي مثل ما ادعى وان تصادقا بعد الافتراق بطل البيع الا في الفلوس فانه يكون على المدعي مثل ما ادعى من الفلوس والفرق ان في الحنطة وكل كيلي او وزني لو اضيف العقد اليه يتعين اذا كان عينا فكذا يتعين اذا كان دينا الا ترى انه لو قال بعت منك الحنطة التي في الجوالق يتعلق البيع بها حتى انه لو لم يكن في الجوالق حنطة فلا بيع بينهما وقد قوبل بالدراهم والطعام اذا قوبل بالدراهم يكون مبيعا صحيحا فيبطل ولم يصح فصار بائعا الطعام في الذمة فاذا ظهر انه لم يكن في ذمته طعام كان بائعا ما ليس عنده لا على وجه السلم فكان فاسدا اما الدراهم والدنانير والفلوس لا تتعين بالتعيين اذا كان عينا الا ترى انه لو قال اشتريت منك هذا العبد بالالف التي في هذا الكيس فاذا ليس في الكيس دراهم جاز البيع وعليه الف درهم فكذا اذا اضاف الى الدين لم يتعلق به وانما تعلق بمثله دينا في الذمة فلم يظهر انه باع ما ليس عنده وهذا لان الشرط في الثمن وجوده ووجوبه معا وقد وجد الا انه يبطل بالافتراق من غير قبض احدهما الا في الفلوس لانه ظهر ان الافتراق حصل عن عين بدين فيما ليس بصرف وفيما عدا ان حصل فيما هو صرف وذكر في المبسوط اذا اشترى فلوسا بدرهم ونقد الثمن ولم تكن الفلوس عنده فالبيع جائز لان الفلوس الرائجة ثمن كالنقود فلا يشترط الملك فيها لصحة العقد كما في الدراهم والدنانير وان دفع الفلوس قبل الافتراق او بعده جاز لانهما افترقا عن عين بدين فيما ليس بصرف وانما يجب التقابض في الصرف بمقتضى اسم العقد لما ذكرنا وكذا لو افترقا بعد قبض الفلوس قبل قبض الدراهم على ما ذكر ابن شجاع عن زفر لا يجوز هذا العقد اصلا لان من اصل زفر ان الفلوس الرائجة بمنزلة المكيل والموزون يتعين في العقد اذا عينت فاذا كان بغير عينها فان لم يصح باعتبار ابا لا يجوز العقد لانه بيع ما ليس عند الانسان وان صح باعتبار ابا وبمقابلتها عرض يجوز العقد لانهما ثمن وان كان بمقابلتها النقد لا يجوز لانها تكون مبيعة اذا قابلها ما لا يكون الا ثمنا اما عندنا الفلوس الرائجة بمنزلة الاثمان لاصطلاح الناس فانما يتعلق العقد بالنقد المسمى في الذمة ويكون ثمنا عينا او لم يعين كالدراهم والدنانير وفي الاملاء عن محمد لو اشترى مائة فلس بدرهم على انهما بالخيار وتفرقا بعد القبض فالعقد باطل لان العقد لا يتم مع اشتراط الخيار فكانهما تفرقا قبل التقابض وان كان الخيار لاحدهما فتفرقا بعد التقابض فهو جائز لان التسليم يتم ممن لم يشترط الخيار في البدل الذي من جانبه وقبض احد البدلين هنا يكفي بخلاف الصرف ولكن هذا التفريع انما يستقيم على قول من يقول المشروط له الخيار يملك عوض صاحبه اما عند ابي حنيفة المشروط له الخيار كما لا يملك عليه البدل الذي من جانبه لا يملك البدل الذي من جانب صاحبه فاشتراط الخيار لاحدهما يمنع تمام القبض فيهما جميعا والله اعلم

باب من الاختلاف في البيع

اصل الباب ان التعارض بين الحجتين يوجب التساقط اذا لم يوجد المرجح لان التساقط بحكم الضرورة فيتقدر بقدر الضرورة فمتى قامت البينة على ما يجوز

القضا به كشهادة رجل وامراتين في السرقه وكما لو شهد رجل وامراتان من المسلمين على نصراني انه
اسلم وهو يجحد فان الامام يجبره على الاسلام ولا يقتله لان شهادتين غير مقبولة في العقوبات
بخلاف الجبر على الاسلام ولو مات كافر فاقام مسلم كافرين عليه بدين واقام كافر عليه كافرين
بدين يقضى بدين المسلم واذا استوفى حقه وبقي شي كان للغريم الكافر فتقبل بينته في حق التقدم
على الورثة لا في مشاركة المسلم اذا عرفنا هذا قال محمد رجل في يده دار ادعى رجلان كل واحد منهما اقام
البينة انها داره باعها من صاحبه بكذا او كذا والذي يدعي انها داره ويجحد ما قالا فالدار بين المد
المدعيين نصفان ولا شي لواحد منهما على صاحبه في قول ابي يوسف وقال محمد اما انا فاقضي بالدار
بين المدعيين نصفين واقضي لكل واحد منهما بنصف الثمن الذي ادعى على صاحبه هكذا ذكر هنا
وذكر بعد هذا في باب اختلاف البينات ويلقب بالباب الطويل ووضع المسالة في العبد و
وباقي المسالة بحالها وذكر ان على قول ابي حنيفه وابي يوسف لا يقضى بالعبد بين الخارجين نصفين
ولا يقضى لواحد منهما على صاحبه بشي من الثمن ويترك في يد ذي اليد قضا ترك قالوا وما ذكرهنا قياس وما ذكر
ثم استحسان وجه القياس ان كل واحد من الخارجين اقام البينة على ما يجوز القضا وما لا
يجوز القضا به لان كل واحد منهما اقام البينة ان الدار ملكه والدار في يد ثالث وهذا مما يجوز
القضا به الا ترى انهما لو ادعيا هذا القدر فحسب يقضى بينهما بنصفين وكل واحد منهما اقام
البينة على بيع جميع الدار من صاحبه وقد جهلا التاريخ بين البيعين فيجعل كانهما وقعا معا
بان قال الاكبر بعت منك هذه الدار وقال الاصغر للاكبر بعت منك هذه الدار وخرج الكلامان منهما
معا كان البيعان باطلين كيلا يصير كل واحد منهما بايعا ومشتريا فكذا هنا فكان هذا مما لا يجوز القضا
به على ان كل واحد منهما اقام البينة على ما يجوز القضا به وعلى ما لا يجوز فيقضى بما يجوز القضا به
وهذا على اصلهما مستقيم فان عندهما لو اقاما البينة على البيع وحده لا يقبل للتضاد بينهما ولو
اقاما الملك وحده يقبل فكذا عند الاجتماع وجه الاستحسان ان كل فريق من الشهود نسب نفسه
الى الغفلة لان كل فريق يشهد بالبيع لمدعيه لانهما عاينا البيعين في وقتين مختلفين لانه لا
لا يتصور معاينة البيعين في وقت واحد ولو تصور كان باطلا ولا يحل لكل فريق ان يشهد بالبيع
لمدعيه فقد اتفق الفريقان ان البيعين كانا في وقتين لكنهما جهلا ذلك الوقت ونسياه فكانا
مغفلين وشهادة المغفل لا تقبل كالشاهدين اذا شهدا ان فلانا اعتق عبده وسماه لنا الا انا
نسينا ذلك لا تقبل شهادتهما ولان مقصود كل واحد منهما اثبات البيع من صاحبه واثبات
الثمن لا الملك بل يدخل الملك تحت القضا بطريق الوسيلة والتبعية ليتمكن من تحصيل ما قصد اثباته
فمتى امتنع في الاصل امتنع في الوسيلة ايضا هذا كما ذكرنا في الجامع الصغير رجلان اقام كل واحد
منهما البينة على رجل انه رهنه العبد الذي في يده وقبضه فهو باطل كله ولا يقضى بالدين وان امكن القضا
بالدين لانه تعذر بالرهن لان المقصود من الدعوى والبينة الرهن لا الدين وقد تعذر القضا به فلا يقضى
بالدين ولو اقاما البينة بعد الموت يقبل استحسانا لان المقصود بعد الموت التقدم على الغرما والورثة فامكن القضا
بما هو المقصود وكذلك اختان ادعت كل واحد على رجل انه تزوجها واقامت البينة لا

لا تقبل بينة احديهما لانه تعذر القضا بنكاحهما واحديهما ليست باولى من الاخرى ولا يقضى بالمهر والنفقة
لان المقصود اثبات النكاح وقد تعذر ولو اقامتا البينة بعد الموت تقبل ويقضى بالميراث بينهما لانه امكن
القضا بالمقصود وكذا اذا ادعى رجلان نكاح امراة قبل الموت وبعده وعلى قول محمد الدار بينهما نصفان ويقضى
لكل واحد منهما بنصف الثمن الذي باع به الدار لان كل واحد من الخارجين استحق ببينته نصف الدار
ولو استحق احدهما جميع الدار يقضى ببيع جميع ما استحقه من صاحبه فاذا استحق النصف يقضى ببيع ذلك
النصف وهذا على اصله لان من اصله انهما لو اقاما البينة على البيع وحده تقبل بينتهما ولو اقاما البينة
على الملك وحده تقبل فاذا اجتمعا قبلت بينتهما عليهما وتجعل الدار بينهما نصفين ويجوز البيع في النصفين
وقولهما ما حصل التاريخ بين البيعين يجعل لانهما وقعا معا قلنا نعم جعلا كانهما وقعا الا ان كل
واحد منهما صار بايعا ما استحق من الدار من صاحبه ولو باع كل واحد منهما نصف الدار وخرج الكلامان منهما
معا صح بيع كل واحد منهما في نصف الدار لانه لم يصر كل واحد منهما بايعا ومشتريا لشي واحد وهذا لان كل
واحد منهما يحتاج الى اثبات الملك لنفسه فيما باع حتى يسلمه الى المشتري وهما خارجان فيقضى
بالدار بينهما وبالبيع ولم يذكر في هذا الباب على قول محمد انه هل يجبر كل واحد من المشتريين بسبب
تفريق الصفقه ام لا وذكر في الباب الطويل انه يجبر واختلف المشايخ فيه منهم من قال المسكوت هنا محمول
على المنطوق به فيتخير هنا ومنهم من قال ما ذكر ثمة قياس وما ذكر هنا استحسان وجه القياس انه لم يجمع البيع
وجه الاستحسان ان كل واحد منهما انما اثبت على صاحبه البيع في جميع الدار الا ان النصف من ذلك
انما استحق على كل واحد منهما ببيعه من صاحبه فالاستحقاق ها من جهته فلا معنى لاثبات الخيار له
وصار بمنزلة من اشترى عبدا وباع نصفه من غيره لا يتخير المشتري كذلك هنا وفي المبسوط شاة
في يد رجل وشاة اخرى في يد اخر اقام كل واحد منهما البينة على شاة صاحبه انها شاته ولدت في ملكه
من هذه الشاة القائمة في يده يقضى لكل واحد منهما بشاة صاحبه التي في يده وتاويله اذا كان سن
الشاتين مشكلا اما اذا علم ان احديهما يصلح اما الاخرى يقضى لمن ظهرت علامة الصدق في
بينة وروى هشام عن ابي يوسف انه تهاترت البينتان وهذه الرواية توافق ما ذكر في الباب
الطويل ووجهه انه اقترن بكل واحدة من البينتين ما يوجب ردها لاستحالة ان يكون كل واحد منهما
مولدة من صاحبتها فلا يمكن القضا بهما ولا بواحدة منهما فتهاترت البينات ويقضى لكل واحد منهما بالتي
هي في يده حكما بظاهر اليد وجه ما ذكر في المبسوط ان كل واحد منهما مدعي للملك ومدعي للنتاج واقترنت الا
الاستحالة بدعوى النتاج فلغي بقي اقامة البينة على الملك المطلق فكانت بينة الخارج اولى فيكون
لكل واحد منهما ما في يد صاحبه ولان كل واحد منهما فيما في يده اقام البينة على الملك المطلق وصاحبه
اقام البينة على النتاج وبينة الخارج على النتاج اولى من بينة ذي اليد على الملك المطلق ولو ادعى
خارجان دابة واقام كل واحد منهما البينة انها دابته نتجت عنده يقضى بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق فان وقتا احديهما
ولم توقت الاخرى وهي مشكلة يقضى بينهما لان الذي لم يوقت اثبت ملكه فيها من حين وجدت فالملك لا يسبق الوجود فلم يكن
التوقيت مفيدا في حق وقته اذا كانت مشكلة فكانا ذكره كعدمه وان كان سنها على احد الوقتين وقد وقت كل واحد منهما قضيت بها لمن
وافق توقيته سن الدابة ولا عبرة للاول والاخر لان علامة الصدق ظهرت في شهادتهم وان كانت على

غير الوقتين او كانت مشكلا قضيت بها بينهما من مشايخنا من قال جمع في السوال بين الفصلين ثم اجاب عن احدهما وهو ما اذا كانت مشكلا اما اذا علم انها على غير الوقتين تهاترت البينتان كما اذا كان المدعي واحدا ووقت شهوده الملك عشر سنين وهي ابنت ثلثين سنة ان بينته باطلة فكذلك هنا وقد فعل محمد مثل هذا في الكتب جميع بين السوالين ثم اجاب عن احدهما او يكون بمعنى قوله او كانت مشكلا وكانت مشكلا او بمعنى الواو قال تعالى او يزيدون معناه ويزيدون فكان معناه اذا كانت على غير الوقتين وكانت مشكلا فحينئذ الجواب صحيح قال شمس الائمة السرخسي والاصح ان جوابه صحيح للفصلين اما اذا كانت مشكلا فلا شك فيه وكذلك اذا كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فيسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضا بها بينهما لانا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وبقيت في يدي ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق عليه وهذا يوافق قول محمد في مسالة الكتاب لانه اتفق الفريقان على عدم الملك لذي اليد فكيف تترك في يده

باب بيع الامام الغنايم اذا وجد بها عيبا

اصل الباب ان الرسول في البيع لا ترجع اليه العهدة وانما ترجع الى المرسل والوكيل بالبيع ترجع اليه العهدة اذا كان من اهل لزوم العهدة اما الرسول فلانه نايب في العقد والتنفيذ جميعا اما العقد فلانه ينقل عبارة المرسل ويضيف العقد اليه فلا يملك النقل قبل الامر فصار كالوكيل بالنكاح والخلع من حيث انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الامر واما التنفيذ فلانه لا يملك التنفيذ قبل الرسالة ولا على غير وجه الرسالة حتى انه لو لم يضف العقد الى المرسل لا ينفذ عليه واما الوكيل فلانه وان كان نايبا في التنفيذ فهو اصيل في العقد لانه يملك مباشرته بدون الوكيل اما لا يملك التنفيذ بدونه فعملنا بهما فمن حيث انه نايب في التنفيذ يقع الملك للموكل ومن حيث انه اصيل في العقد ترجع الحقوق اليه والقاضي وامينه بمنزلة الرسول لا تلحقه العهدة لانه يعمل لغيره من كل وجه فاشبه الرسول اذا عرفنا هذا قال محمد امام باع الغنايم او باع امينه وخمسها وقسم الخمس بين الفقراء واربعة الاخماس بين الغانمين فوجد المشتري بجارية عيبا فاراد ردها فان شاء الامام جعل الامين الذي باع خصما وان شاء غيره اما جواز بيع الامام الغنايم بعد الاخراج من دار الحرب الى دار السلام فلان رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل سعدين حتى يبيع غنايم خيبر وخيبر بعد ما فتحت صارت دار الاسلام فان قيل اليس روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغنيمة قبل القسمة قيل الحديث محمول على بيع واحد من الغانمين نصيبه قبل الاحراز بدار الاسلام او بعد الاحراز لكون الشركة عامة وملكه غير متقرر في العين ولان هذا مال العامة والراي و التدبير في مال العامة الى الامام وكذا لو باع الغنايم في دار الحرب يجوز لانه ربما او لان ذلك يمنعهم عن دفع المشركين لو قصدوهم فكان الراي الى الامام الا ترى انه يملك ابطال حقهم في الرقاب بالقتل وفي الرقاب والاموال بالمن عليهم فلان يملك ابطال حقهم في الصورة وايضا حقهم في المالية مع ان ذلك ابيع لهم لانه لا يخشى عليه التوى والتلف كان اولى واما نصب الامام الامين خصما او غيره فلان الامام بمنزلة الرسول عن الغانمين في بيع الغنيمة لانه تعذر ايجاب العهدة عليه لان بيع الغنيمة قضا منه فلو رجعت العهدة اليه صار خصما في هذا البيع

البيع ومن يعين خصما في حادثة لا يصلح قاضيا فيه لانه لا يصلح شاهدا فلان لا يصلح قاضيا اولى ولانه لو رجعت العهدة اليه عن القضا ولهذا يكون خطا القاضي في بيت المال لا عليه ومتى تعذر ايجاب العهدة عليه لان بيع الغنيمة قضا منه فلو رجعت العهدة اليه صار خصما في هذا البيع ومن يعين خصما في حادثة لا يصلح قاضيا فيه لانه لا يصلح شاهدا فلان لا يصلح قاضيا اولى ولانه لو رجعت العهدة اليه يمتنع عن القضا ولهذا يكون خطا القاضي في بيت المال لا عليه ومتى تعذر ايجاب العهدة لم عليه بان كان صبيا او عبدا محجورا لا ترجع الحقوق اليه وانما ترجع الى الموكل واذا ثبت هذا في الامام والقاضي ثبت في حق امين الامام لانه نايب عنه فلو لحقته العهدة يرجع على الامر فيكون ايجاب العهدة على الامام الا ترى ان القاضي او امينه اذا باع مال اليتيم ثم استحق او وجد به عيبا لا ترجع العهدة اليه فكذا هنا ومتى هذا تعذر ايجاب العهدة عليه وعلى امينه عجز المشتري عن الخصومة معهما فكان على القاضي ان ينصب خصما حتى يخاصم معه اما الامين او غيره اتصالا الى حقه كما اذا مات انسان ولم يدع وارثا او ترك صغيرا او ادعى رجل على الميت دينا فان القاضي ينصب نايبا عن الميت حتى يثبت المدعي حقه دفعا للضرر عنه كذلك هنا فان اثبت المشتري بالبينة ان العيب بها يوم اشتراها او كان العيب قديما ردها لانه ثبت البيع عند البيع بالحجة وان لم يكن له بينة فلا يمين على الخصم يريد الذي نصبه القاضي خصما ولا على الامين يريد به الذي ولي البيع ولا على الامام لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لا يلزمه فان الوكيل خصم عن القاضي والقاضي لو اقر ان العيب كان بالجارية يوم بيعت كان اقراره باطلا فاذا انكر لا يستحلف ولانه ليس بخصم في هذا البيع فلو استحلف كان بطريق النيابة والنيابة لا تجري في اليمين على ما ذكرنا فرق بين هذا وبين الوكيل بالخصومة اذا اقر على موكله في مجلس القاضي حيث يصح اقراره والفرق وهو ان ما نصبه القاضي في الخصومة نايب عن القاضي او عن الغانمين واقرار القاضي والغانمين بالعيب لا يصح اما القاضي فلان ولايته انما تثبت عليهم فيما فيه نظر لهم وفي الاقرار ضرر فلا يصح واذا لم يصح اقراره لا يصح اقرار امينه لانه نايب عنه واما الغانمون فلا شك لان حقهم غير معتبر لكون الشركة عامة وصار كوصي الميت اذا اقر بالعيب فيما باعه الميت حيث لا يصح اقراره لانه قائم مقام الميت ولا يجوز اقرار الاب على الصغير فكذا اقرار من قام مقامه اما الوكيل بالخصومة نايب عن الموكل و الموكل لو اقر يصح فكذا اقرار من قام مقامه واذا لم يصح اقرار الوكيل يخرج عن الخصومة ويجعل غيره خصما لان المشتري يخرج عن الخصومة معه لانه مقر فكان موافقا والخصومة تجري بين المخالفين الا ترى ان الوكيل بالخصومة اذا اقر في غير مجلس القاضي حتى لا يصح اقراره او في او مجلس القاضي ولا يصح اقراره عند ابي يوسف او وكله بالخصومة لانه لا يتمكن عن الخصومة لانه لا يتمكن من الخصومة بعد ذلك للموافقة وصيرورته متناقضا لو انكر فكذلك هنا فاذا نصب اخر ورد الجارية عليه بالعيب بالبينة او لم يقر الاول حتى ردت عليه بالبينة بيعت الجارية لان الامام عجز عن الرجوع بالثمن على الغانمين لكثرتهم وتفرقهم فكان له البيع بمنزلة اللقطة واذا باع اوفى المشتري الثمن فان نقص الثمن الثاني عن الثمن الاول ينظر ان كانت الجارية من الخمس يعطى النقصان من بيت مال الصدقة وان كانت من الاربعة

الاخماس يعطى من بيت مال الخراج لانه تعذر الرجوع على الفقراء وعلى الغانمين وتعذر تضمين القاضي
لما قلنا فوجب الرجوع الى مالهم وان كان فضل الثمن الثاني على الثمن الاول قسم الفضل على الفقراء ان كانت
الجارية من الخمس لانهم معلومون من حيث انه لا يشترط الصرف الى الكل ولهذا لو اوصى بثلث ماله
للفقراء يصح وان كانت من اربعة الاخماس ان كان قبل القسمة يضم الى الغنيمة ويقسم بينهم لانه بدل
حقهم وان كان بعد القسمة جعل في بيت مالهم لانه تعذر قسمتها بين الغانمين لقلته وكثرتهم
فصار كما لو قسم الغنيمة وبقي شيء قليل لا يمكن قسمته يضعها في بيت المال لان هذا مال المسلمين فيضعها
في بيت مالهم الا ترى انه لو انتقص يعطى النقصان من بيت مالهم فاذا فضل يجعل فيه ليكون الخراج
بالضمان وذكر في الزيادات اذا ظهر الامام على بلدة من بلاد اهل الحرب واجرى فيها احكام الاسلام بالاجماع
والامام بالخيار ان شاء من عليهم وان شاء قسم فان لم يختر شيئا حتى اتلف رجل من الغانمين شيئا من
تلك الاموال ضمن لصيرورتها محرزة بدار الاسلام ثم ان راى الامام قسمتها ضم ضمان المتلف الى الغنيمة
ويقسم الكل وان من عليهم يكون قيمة المستهلك للغانمين لان الغنيمة عند الاستهلاك كانت للغانمين
وانما ثبت الحق لاهل الذمة بالمن فلا يظهر في المستهلك فيرفع من الضمان الخمس ويقسم اربعة الاخماس
بين الغانمين فان كان لا يحتمل القسمة لقلته وكثرتهم وضع في بيت مال الخراج لانه لما من عليهم بالرقاب
والاراضي ووضع الجزية والخراج عليهم فقد جعل الكل مصروفا الى المقاتلة معنى والضمان بدل جزء
من الغنيمة مصروفا للكل وان لم يخرج الضمان من المستهلك حتى قسم الامام الاراضي والاموال بعد
رفع الخمس ثم خرج الضمان ولم يحتمل القسمة جعل ذلك للفقراء والمساكين وابناء السبيل بخلاف
ما لو من عليهم والفرق انه لما قسم فقد قرر حق ارباب الخمس في الخمس وحق الغانمين في الباقي فان
تعذر صرف اربعة اخماس الضمان الى الغانمين لم يتعذر الصرف الى الفقراء فيصرف الكل الى مصارف
الخمس اما قدر الخمس فظاهر واما اربعة الاخماس فلانه حق الغانمين وقد تعذر الايصال اليهم فصار
بمنزلة اللقطة فيصرف الى مصارف الخمس لان محل حق الفقراء اما اذا من عليهم فقد ابطل حق ارباب
الخمس اصلا وجعل حق الغانمين في الجزية والخراج فيصرف الى بيت مال الخراج، وذكر محمد في
السير والى العسكر اذا قسم الغنائم وبقي شيء يسير لا يحتمل القسمة فانه يتصدق به على المساكين
لانه حق الغانمين وقد تعذر الايصال اليهم فكان بمنزلة اللقطة الا ان في اللقطة ينتظر
رجاء ان يحضر صاحبها وهنا لا ينتظر لان الايصال الى المالك متعذر وكذا لو استحقت الجارية
او وجدت حرة اعطى الثمن من بيت المال لان البيع كان للمسلمين فالضمان عليهم في
اموالهم وكذا لو قسم الامام الغنائم ثم وقع في سهم رجل جارية ثم ظهر انها كانت حرة او استحقها
رجل او اثبت بالبينة انها ام ولد او مدبرة فان الامام يعوضه من بيت المال ولا تنقض القسمة
للتعذر لما قلنا ثم بيوت المال اربعة ما يجيء اليه الخراج والجزية وصدقات بني تغلب وما ياخذ
العاشر من تجار اهل الحرب واهل الذمة وانه يصرف الى المقاتلة وما يحتاجون اليه من الكراع والسلاح
وسد الثغور وبناء الرباطات والمساجد وكرى الانهار العظام والقناطر ونفقة القاضي والمفتي
والمحتسب وكل من يعمل لعامة المسلمين ومن احتاج من هولاء الى خادم يخدمه او الى امراة يتزوجها او

او الى جارية فعلى الامام ان يشتري ذلك ويعطي الثمن من بيت المال ويعطي مهر المراة ايضا من بيت المال ويكون نفقة
المراة والخادم وكسوتهم في بيت المال والثاني ما يجيء اليه الزكاة وما يوخذ من تجار المسلمين واللقطة والعشر ومصرفه قال تعالى
انما الصدقات للفقراء الاية والثالث خمس الغنيمة والركاز ومصرفه ما ذكره تعالى في قوله واعلموا انما غنمتم من شيء الاية والرابع
التركة التي لا وارث لها ومصرفها كفان الموتى الذين لم يخلفوا شيئا ونفقة اللقيط وعقل جنايته ونفقة الضالة
فعلى الامام ان يحتسب ويعطي كل ذي حق حقه ولا يخلط هذه الاموال بعضها ببعض وان لم يفعل فالله حسيبه
ومواخذه فان احتاج بعض هذه الاصناف الى المال وليس في بيت مالهم فللامام ان يصرف من بيت مال الخراج اليه
بطريق القرض ثم يقضي اذا ظهر المال الا اذا احتاج اهل الجند ولا شيء في بيت مال الخراج والجند فقير فيجوز ان
يصرف اليه من بيت مال الصدقة لا بطريق القرض بل بعلة الفقر وكذا في حق غيره باب بيع احد العبدين اذا لم يبين ايهما باع
اصل الباب ان جهالة المبيع اذا كانت مفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم تمنع جواز العقد
لان الجهالة على هذا الوجه تفوت التسليم المستحق بالعقد لان كل واحد منهما يتمسك باطلاق اللفظ فلا يوجد التسليم
وانما يفسد العقد بعد الصحة كالفلوس الرائجة اذا كسدت والعصير اذا تخمر او هلاك المبيع فههنا اولى واذا لم يكن
الجهالة مفضية الى المنازعة جاز العقد كما اذا اشترى قفيزا من صبرة لانها لا تفوت التسليم فما يتفاوت
احاده ولا خيار فيه لاحدهما لا يجوز وان كان احدهما بالخيار يجوز من له الخيار اذا عين يلزم العقد فلا يودي الى
المنازعة وما لا يتفاوت احاده يجوز العقد فيه وان يشترط الخيار وحرفا خراب المبيع الفاسد في افادة
الملك بعد القبض كالبيع الصحيح قبله وانما يفترقان في وصف اللزوم وحل الطرف وهذا عندنا وعند زفر
والشافعي لا يفيد الملك وفي الحقيقة هذه المسالة تنبني على مسالة من اصول الفقه وهو ان النهي عن العقود الشرعية
لا يخرجها من ان تكون مشروعة عندنا فان ذلك يوجب الفسخ والنهي غير النسخ وعنده يخرجها من ان تكون مشروعة
بمقتضى النهي فانه صفة القبح من ضرورة النهي كما ان صفة الحسن من ضرورة الامر والمشروع ما يكون مرضيا والقبيح
ما لا يكون مرضيا فينعدم اصل العقد لضرورة النهي ومقتضاه ونحن نقول موجب النهي الانتهاء على وجه يكون المامور
مختارا فيه فان استحقاق الثواب والعقاب ينبني على ذلك وذلك لا يكون الا بعد تقرر المشروع مشروعا ثم تخرج المقتضى
عليه بحسب الامكان اولى من انعدام المقتضى واما التخريج هنا على الاصل المتفق عليه ان النهي متى كان المعنى في غير المنهي
لا ينعدم المشروع كالنهي عن البيع وقت النداء وان كان المعنى في عين المنهي عنه يعدمه كالنهي عن بيع المضامين والملاقيح
فالشافعي يقول في البيوع الفاسدة النهي لمعنى في غير المنهي عنه ولهذا فسد البيع به ويتضح هذا في البيع بالخمر فان البيع
مبادلة مال متقوم والخمر ليس بمال متقوم حتى لا يملك بالعقد وان قبض فلا ينعقد موجبا حكمه فعرفنا انه غير منعقد
في حق حكمه فعرفنا انه غير منعقد في حق حكمه وهو الملك والدليل عليه ان البيع يوجب الملك بنفسه والفاسد لا يفيد
الملك بنفسه فعرفنا انه ليس بمنعقد في حق الملك وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد فالمقبوض
على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولا عقد وان كان منعقدا فصفة الفساد تمنع ثبوت الملك بالبيع قبل القبض
فكذلك بعده لان الفساد قائم بعده ولان بالقبض يزداد الفساد والحرمة وكل ما يمنع ثبوت الملك بالبيع قبل القبض
يمنع بعده كخيار الشرط وهذا في معناه لان مع خيار الشرط لا يتم الرضى من البائع ومع الفساد كذلك لانه لو صار مملوكا لصار
مملوكا بالقيمة وهو لم يرض به ولهذا ثبت خيار الفسخ لكل واحد منهما ولان هذا عقد معاوضة فالفاسد منه لا ينعقد موجبا للملك
كالنكاح وهذا لان الملك نعمة محبوب فيستدعي سببا مرضيا شرعيا غير ممنوع عنه لانه اذا كان ممنوعا عنه وجب ان لا يتعلق به

المشروع الذي هو مقصود العقلاء لانه يعود الى المنع والاخلال ولهذا علق الشارع بالحرمات الزواجر اعداما لها ولانه لا يليق تعليق النعمة بالمعاصي بخلاف الكتابة الفاسدة لان فيها معنى اليمين انه تعليق العتق بشرط الاداء والحرمة لا تمنع صحة التعليق كما لو قال ان زنيت او ان شربت الخمر فانما ينزل العتق بمعنى التعليق دون المعاوضة لا يلزم على ما ذكرنا البيع وقت النداء والصلوة في الارض المغصوبة لان ذلك غير منهي عنه ولذلك لا يتصف بالفساد ولا يستحق النقض والدليل على ان البيع حرام قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا فاما ان يكون الربا اسما للعقد يشتمل على الزيادة او اسما لزيادة مخصوصة فان كان اسما للعقد فبيع الدرهم بالدرهمين كذلك وهو الظاهر لان الاية سيقت للرد على الكفار الذين شبهوا الربا بالبيع وانما شبهوا العقد بالعقد لا بالزيادة لان احدهما عين والاخر فعل وان كان اسما لزيادة مخصوصة فالنص يقتضي الحرمة للزيادة واذا حرمت الزيادة حرم السعي في تحصيلها والبيع سعي في تحصيلها فيحرم وفي حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين وعن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع وشرط فيكون البيع الى اجل مجهول منهيا عنه وبحثنا من حيث التخريج على الاصل المجمع عليه ان نقول هذا النهي في غير المنهي عنه لان البيع ينعقد بالايجاب والقبول في محل قابل ولا يختل شيء من ذلك بالشرط الفاسد وانعقاد العقد بوجود ركنه من اهله والنهي كان للشرط وهو وراء ما يتم العقد به وكذلك النهي عن الربا للفضل الخالي عن المقابلة وهو وراء ما يتم به العقد فلا ينعدم به اصل العقد لا ينعقد شرعا الا موجبا حكمه لان الاسباب الشرعية تطلب لاحكامها فاذا كانت خالية عن الحكم يكون لغوا ولكن الحكم يتصل بها تارة ويتأخر اخرى كالهبة فانها عقد تمليك ثم الملك بها يتأخر الى القبض قوله البيع يفسد به قلنا لان النهي اتصل بوصفه لان الخيار والاجل لو كان جائزا كان عمله في تغيير وصف العقد لا في تغيير اصله فكذا اذا كان فاسدا يكون عمله في تغيير وصف العقد حتى يصير العقد فاسدا وليس من ضرورة انعدام الوصف انعدام الاصل بل من ضرورة انعقاد الاصل فالصفة لا تكون بدون الموصوف وهكذا نقول في النكاح انه منعقد مع الفساد ولهذا يتعلق به وجوب المهر والعدة والنسب عند الدخول الا انه لا يثبت الملك لان الحكم يثبت بحسب السبب فالعقد الفاسد انما يثبت ملكا حراما وليس في النكاح الا ملك الحل وبين الحل والحرمة منافاة فكان من ضرورة الفساد انتفاء الملك اما ليس من ضرورة الحرمة انتفاء ملك اليمين كالعصير اذا تخمر يبقى مملوكا وكذا الرجل اخته من الرضاع او موطوءة ابيه ولكن العقد بصفة الفساد يضعف فيتأخر الحكم الى انضمام ما يقويه وهو القبض كالتبرع ولانه لو ثبت الملك قبل القبض يثبت بغير عوض فان المسمى لا يجب للفساد والضمان لا يجب الا بالقبض فلهذا تأخر الى ما بعد القبض ولانه يستحق نقضه فلو افاد الملك وجب تسليمه وبينهما تنافي ولهذا لم يفد التبرع الملك قبل القبض لانه لو افاد وجب تسليمه وهكذا نقول في البيع بشرط الخيار على ان ذلك في معنى المعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبله الا انه تعذر اعمال التعليق في اصل السبب فيجعل عاملا وليس من ضرورة الفساد انعدام العقد شرعا كالاحرام يفسد بالجماع ويبقى اصله والطلاق في حالة الحيض حرام شرعا ويكون عاملا في حكمه والظهار حرام شرعا وينعقد موجبا لحكمه والدليل عليه ان المقبوض يصير مضمونا والضمان انما يجب بالجبران او بالعقد وهنا لا يجب بالجبران لانه قبض باذن المالك فعرفنا ان وجوبه بالعقد وفي المقبوض على سوم الشراء جعلنا العقد الموعود كالمتحقق فكان الضمان بالعقد وليس بينهما عقد موعود هنا فكان الضمان باعتبار العقد المتحقق واذا ثبت هذا في البيع مع الشرط الفاسد فكذلك في الربا لان الفاسد معنى في وصف العقد فان بالفضل يصير البيع رابحا وكذا في البيع بالخمر فان ركن العقد المالية في البدلين وبتخمر العصير لا ينعدم المالية وانما ينعدم التقوم شرعا فان المالية بكون العين منتفعة وانه ثابت في الخمر بقوله تعالى ومنافع للناس ولانه كان مالا متقوما قبل التحريم وانما

وانما ثبت بالنص حرمة التناول ونجاسة العين وليس من ضرورته انعدام المالية كالسرقين الا انه فسد تقومه شرعا ضرورة وجوب الاجتناب عنه بالنص ولهذا كان مالا متقوما في حق الذمي فانعقد العقد بوجود ركنه في محله بصفة الفساد ولكن الخمر لا يملك بالقبض لانه غير متقوم شرعا فيملك ما بازائه لانعقاد العقد موجبا الملك فيه بخلاف البيع بالميتة والدم فانه ليس بمال في حق احد فلانعدام ركن العقد في محله لا ينعقد وبخلاف بيع الخمر لان البيع ينعقد على قيمة المبيع عندنا اذا كان الخمر ثمنا ولا يمكن ذلك فيما اذا كان مبيعا لان المبيع لابد ان يكون موجودا والخمر لا يصلح محلا للبيع ولا قيمة لها لينعقد العقد على القيمة ولو كانت لها قيمة فالقيمة ليست بموجودة اما اذا كانت ثمنا فمحل البيع موجود لكنه انعقد على قيمة المبيع وعدم القيمة لا يمنع كونه ثمنا لان الثمن ليس بمحل البيع وهذا لان وجود المبيع ليس بالبيع بل يتقدم وجوده شرط وجود البيع ووجود الثمن بالبيع كان وجوده بوجوبه دينا في الذمة واما النفي فهو دليلنا لوجهين احدهما ان الموجود بيع لان البيع مبادلة الشيء بالشيء الا انا زدنا فيه وصف المالية وقد وجد وبيانه في قوله تعالى وشروه بثمن بخس مع انعدام المالية في يوسف عليه السلام وقال تعالى ان الله اشترى من المؤمنين انفسهم الاية وقوله صلى الله عليه وسلم من باع حرا والبيع حال بالنص والثاني ان الله اخبر عن الكفرة انهم قالوا انما البيع مثل الربا ثم انه تعالى رد اعتقادهم التماثل في حق الحل بقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا فبقي التماثل فيما وراء صفة الحل لانه لو كان ذلك باطلا لبينه كما في صفة الحل والبيع مفيد للملك فوجب ان يكون الربا مفيدا قضية للمماثلة ثم نقول الحرمة في اللغة المنع والربا ممنوع عنه لكن لغيره بقي ذات التصرف مشروعا اذا عرفنا هذا قال محمد رجل قال لاخر بعت منك احد هذين العبدين بالف درهم وقبل المشتري فالبيع فاسد لان المبيع مجهول جهالة تفضي الى المنازعة المانعة من التسليم لان المبيع احدهما والعبيد تتفاوت في نفسها تفاوتا فاحشا فالبائع يعين عبدا والمشتري اخر ولا ينفذ تعيين احدهما على الاخر فيفضي الى المنازعة وتمتنع التسليم والتسلم علل محمد فقال لانه لم يجعل في ذلك خيارا اراد به خيار التعيين للمشتري حتى تزول المنازعة وهذا يدل على انه لو باع احد العبدين على ان المشتري بالخيار ثلاثة ايام ان شاء اخذ بالف درهم ويرد الاخر فلو اشترى احد عبدين او احد العبيد الثلاثة على انه بالخيار ثلثة ايام ان شاء اخذ كل واحد منهما بالف درهم وان شاء ردهما وان شاء اخذ احدهما بالف درهم ورد الاخر جاز عندنا استحسانا وقال زفر والشافعي لا يجوز وهو القياس وان كان اربعة لا يجوز عندنا وقال مالك يجوز ولو كان هذا الخيار للبائع ذكر في المأذون انه يجوز وذكر الحسن في المجرد انه لا يجوز ثم اذا لم يجز العقد في مسألتنا فان دفعهما البائع الى المشتري وماتا في يده فان ماتا معا ضمن نصف قيمة كل واحد منهما لان احدهما مضمون على المشتري لانه مقبوض بحكم عقد فاسد والاخر امانة لانه قبضه باذن المالك لا على وجه التملك وليس احدهما بجعله مضمونا والاخر امانة باولى من صاحبه فشاع الضمان والامانة فيهما للتعارض فيهلك نصف كل واحد منهما مضمونا ونصفه امانة لان كل واحد مضمون في حال امانة في حال ولان حكم الفاسد يوجد من الجائز والقيمة في الفاسد بمنزلة الثمن في الجائز ولو كان العقد صحيحا يضمن نصف كل واحد منهما فاذا كان فاسدا يضمن نصف كل واحد منهما وان مات احدهما قبل الاخر ضمن قيمة الاول والمشتري امين في الباقي لان الميت تعين للبيع حكما لان البيع ثبت في احدهما بيقين ولا يتيقن بنقض البيع بعدما مات احدهما لان المبيع ان كان هو الميت لا يمكن نقض البيع بعد هلاكه وان كان هو الحي يمكن وما ثبت بيقين لا يجوز نقضه بالشك فجعلنا المبيع الذي مات والحي لا يؤدي الى نقض الثابت بالشك واذا تعين الاول للبيع بقي الباقي امانة في يده فيجب عليه رده ان كان قائما وان هلك في يده لا ضمان عليه ولان احدهما امانة وتعيين القائم للامانة اولى لان ردهما واجب

اخرهما بحكم الامانة والاخر بحكم فساد البيع فلو عينا القائم للامانة امكنه رد احدهما حقيقة صورة ومعنى ورد الاخر من حيث المعنى
برد القيمة ولو عينا الهالك للامانة لا يمكنه ردهما فلهذا عينا القائم للامانة فرقا بين البيع وبين العتق فانه اذا اعتق احد عبديه
ثم مات احدهما تعين الباقي للعتق دون الميت وكذا في الطلاق المبهم قال علي القمي لا فرق بين المسألتين في الحاصل لان في
الفصلين ما يهلك يهلك على ملكه حتى يجب عليه رد القائم في البيع وتعين الحي للعتق والطلاق والاصح هو الفرق فان البيع
لما اشرف على الهلاك خرج من ان يكون محلا للرد لانه عجز عن رد ما اشترى فتعين العقد فيه وتعين الباقي للرد ضرورة واما في
الطلاق والعتاق حين اشرف على الهلاك لم يتعين لوقوع العتق والطلاق فلو وقع انما يقع بعد الموت وانه لا يقع بعد الموت
ولان البيان في المبهم انشاء من وجه والميت ليس محل للانشاء والحي محل للانشاء فتعين الحي ضرورة اما البيان في البيع ليس بانشاء
اصلا لانه غير متعلق بالشرط لان تعليق البيع بالشرط لا يصح فكان بيانا محضا والميت محل البيان انه هو المبيع ولو لم يمت واحد
منهما حتى اعتقهما المشتري معا جاز عتقه في احدهما وضمن قيمة احد والخيار في تعيين احدهما للعتق ورد الباقي
اما انفاذ العتق فلانه صادف المملوك فصار جامعا بين عبده وعبد غيره قائلا انتما حران فيعتق عبده واما كون الخيار
للمشتري فلان قبل الاعتاق كان الخيار في تعيين المبيع للمشتري دون البائع فكذا بعده والجامع بينهما ان الضمان يلزم
المشتري فكان التعيين اليه كما لو طلق امرأة على الف او الفين وهذا لان البائع يعين البيع بعين في احدهما ويقول
الضمين هذا العبد والاخر امانة والمشتري كذلك يقول والعبدان في يد المشتري فيكون القول قول الذي في يده ان
المضمون هذا دون الاخر لان البائع يريد ان يلزمه الضمان والمشتري يدفع هذا كما قلنا في الاقرار اذا اودع رجلا الفا
وغصبه الفا ثم دفع الفا وقال هذا هو المغصوب وهلكت الوديعة وقال المالك هلك المغصوب وهذه وديعة كان القول
قول القابض كذلك هنا فان قيل كان البائع يريد ان يلزم المشتري الضمان فالمشتري يريد ان يزيل ملك البائع عن العبد
الذي عينه فاستوى الاقدام قيل له نعم لكن العبدين في يد المشتري على جانب البائع باليد بعد استوائهما في الملك لان القول
قول صاحب اليد ابتداء كان او ضمنا الا ترى انهما لو اختلفا في قدر الواجب في البيع او الغصب او الامانة كان القول قول
صاحب اليد فكذا هذا لان الاختلاف بينهما انما يتحقق اذا اختلف القدر ولو اعتقهما على التعاقب او اعتق احدهما دون
الاخر عتق الاول ويرد الباقي لانه لما اعتق احدهما بعينه فقد عينه للبيع وصح بعينه لان ولاية التعيين له فتعين
الاخر للامانة ضرورة فبطل اعتاقه فرده على البائع ويضمن قيمة المعتق ولو قال المشتري احدكما حر لم يقع عتق لانه لو كان
احدهما مملوكا له بعينه وجمع مع عبد غيره وقال احدكما حر لا يعتق عبده الا بالنية فكذا اذا كان احدهما مملوكا له لا
بعينه وكذا لو اعتق البائع احدهما بغير عينه لا يصح لان احدهما مملوكا للمشتري وكذا لو قال كل واحد منهما احدكما
حر معا لان كل واحد منهما صار جامعا بين عبده وعبد غيره ولو قال معا او احدهما قبل صاحبه انتما حران عتقا والخيار
الى المشتري اما عتقهما فلان كل واحد منهما صار جامعا بين عبده وعبد غيره او بين عبد وحر وقال انتما حران واما الخيار
للمشتري لما قلنا ان الضمان يلزمه ولانه خيار التعيين في البيع وخيار التعيين للمشتري ولو مات البائع والمشتري
قبل البيان فالخيار الى ورثة المشتري لانهم قائمون مقام المورث ولان الضمان يلزمهم فكان بيان الملتزم المبهم
لما قلنا ولانهما لو لم يعتقا وماتا كان تعيين المبيع الى ورثة المشتري فكذا تعيين بدل المبيع المبهم ولو قبض المشتري
احدهما بامر البائع حتى يصح قبضه ومات في يده فعليه قيمته لانه قبضه بحكم عقد فاسد وتعين مبيعا لتعذر الرد
لان الميت تعين مبيعا مع المزاحمة فعند عدم المزاحمة اولى وان اعتق الذي لم يقبضه فهو باطل لان المقبوض لما مات
في يده تعين للبيع حكما كما لو قبضهما ومات احدهما لان المعنى يجمعهما ولان الملك في البيع الفاسد موقوف على القبض

القبض فاذا اعتق قبل القبض فقد اعتق ما لا يملك وقوله قبض احدهما بامر البائع على انه لو قبض بغير امره لا يصح قبضه
ونص الكرخي ان ما قبضه بغير اذن البائع فهو كما لم يقبض في البيع الفاسد وهذه الرواية المشهورة عنهم ان الملك
لا يقع بالقبض حتى ياذن البائع للمشتري في القبض وذكر في الزيادات اذا قبضه بحضرة البائع فلم ينهه انه قبض ويملك
ولم يذكر الخلاف فوجه الرواية الاولى ان الملك لا يقع بالعقد وانما يقع بالقبض فلا بد من اذن البائع فيما يقع به الملك
كالعقد في البيع الصحيح وجه الرواية الاخرى ان العقد في نفسه تسليط فاذا شاهد القبض ولم يمنعه وقع الملك له التسليط
الذي في العقد وذكر الصدر الشهيد في الجامع الصغير وذكر قبض المشتري المبيع مطلقا على ان المشتري شراء فاسدا اذا
اخذ البائع الثمن منه صح منه قبض المبيع بعد الافتراق بغير اذن البائع وما ذكر في الماذون من شرط الاذن بالقبض بعد
الافتراق تاويله اذا لم ينقد الثمن او كان الثمن خمرا حتى لا يملك بالقبض اما اذا ملك بالقبض فلا حاجة الى الاذن ويكون
القبض منه اذنا بالقبض ولم يذكر في مسالتنا انه قبض في المجلس او بعده او قبل نقد الثمن او بعده فيحتمل ان يكون بعد
الافتراق او قبل نقد الثمن ولو قبضهما واحدا بعد الاخر فاعتق الذي قبض اخيرا جاز وكان بمنزلة قبضهما معا لان قبض
احدهما قبل صاحبه ليس باختيار منه لان الاختيار انما يصح اما نصا او دلالة مقتضى تصرف وجد منه ولم يوجد الاختيار
نصا والقبض لا يدل على الاختيار لان القبض كما يصح في غير الملك فصار كانه قبضهما معا بخلاف العتق ولانه انما يملكه
بعد القبض وخيار التعيين بعد الملك يكون الا ترى انه لو كان البيع جائزا بان اشترى على ان ياخذ ايهما شاء
بالف درهم وقبض احدهما قبل الاخر لا يتعين المقبوض اولا للبيع حتى كان له الخيار على حاله فان هلك في يده الذي قبض
اولا وجب عليه الثمن ويرد الاخر اعتبر محمد البيع الفاسد بالبيع الجائز والمعنى ما ذكرنا قال شيخ الاسلام علي الاسبيجابي
وبعض مشايخنا استدلوا بذكر الخيار من غير توقيت في هذه المسالة ان التوقيت في الخيار ثلثة ايام او نحوه ليس بشرط
لصحة هذا العقد وهو غلط فانه ذكر هذه المسالة في الكتب مرارا وذكر الخيار موقتا وحينئذ يكون التوقيت فيه شرطا
لانه يجوز هذا العقد مع الابهام لحاجة الاختيار وهذه الحاجة الصغيرة ومتى ترك ذكر خيار الشرط لا بد من توقيت
خيار التعيين بالثلاث فما دونه عند ابي حنيفة وعندهما كما شاء العاقدان ولو ان المشتري قبض العبدين في البيع
الفاسد الذي وصفنا فاعتق البائع احدهما بعينه ثم نقض البيع عتق الذي اعتقه لان ملك البائع في هذه العبد
كان ثابتا ووقع الشك في الزوال فلا يعتبر زايلا ما لم يوجد الاختيار من المشتري اما نصا او دلالة او بتعيين
حكما ولم يوجد فالعتق ثم صادف الملك فينفذ اقصى ما في الباب ان في ملكه نوع تردد وقت الاعتاق لخيار
المشتري الا انه اذا انقطع التردد تقرر ملك البائع من الاصل فينفذ كاعتاق المشتري من الغاصب بخلاف
الموصى له باخذ العبدين اذا اعتق احدهما بعينه ثم عين الورثة الذي اعتقه الموصى له للوصية حيث لا ينفذ
اعتاقه لان الملك لم يكن ثابتا للموصى له قبل هذا وانما يثبت بعارض الوصية في غير المعين فلا يحكم بثبوته
في المعين الا بالبيان والبيان له حكم الانشاء فيما يرجع الى المعين فكان الاعتاق سابقا على الملك في المعين في
المعين وفيما نحن فيه الملك كان ثابتا في المعين والحاجة الى زواله والعارض الذي اعترض لا يعترض
للمعين الا ان احتمال الزوال ثابت فيه باختيار المشتري البيع فيه باختيار المشتري البيع فيه وقد زال
الاحتمال فان اختار المشتري البيع في الذي اعتقه البائع اما نصا او دلالة بان اعتق او دبر او تعين حكما بان
مات هذا الذي اعتقه البائع في يد المشتري كان عتقه باطلا لانه ظهر انه اعتق وليس له فيه ملك ولا سبب ملك
لان اختيار المشتري نصا او دلالة تبين ان ملك البائع ليس بثابت عند صحة اختيار المشتري فعتق

البايع يتوقف في خمسة مواضع الاول هذا والثاني لو اعتقهما البايع جميعا معا ثم نقض البيع ورد العبد بن على البايع
نفذ عتقه في احدهما لانه حين اعتقهما كان احدهما مملوكا له بيقين والاخر مملوكا للمشتري ومن جمع بين عبده
وعبد غيره وقال انتما حران يعتق عبده فكذلك هنا ولم يدر المعتق فيجبر البايع على البيان والثالث لو اعتق البايع
احدهما بعينه ثم ان المشتري اعتق الاخر او دبر او مات الاخر في يد المشتري نفذ عتق البايع فيه لانه تعين ذات المبيع
فتعين الذي اعتقه البايع الملكه فينفذ عتقه والرابع اذا اختار المشتري البيع في العبد الاخر نصا والخامس اذا
اعتقهما معا وعين المشتري في احدهما بعينه نفذ عتق البايع في الاخر وانما توقف في هذه المسائل لانه لا وجه
الى النفاذ لانه متى نفذ يتعين الاخر للبيع من غير اختيار المشتري نصا او دلالة ولا وجه الى الابطال لانه لو بطل
انما يبطل من حيث ان عتقه لاقى ملك المشتري وقبل اختيار المشتري الحال متردد بين ان يكون ما اعتق البايع
زايلا عن ملكه وبين ان يكون باقيا على ملكه فلا يعتبر زايلا عن ملكه بالشك لكن غير باق على ملكه قطعا فقلنا
بالتوقف ولو اشترى احدهما على ان ياخذ ايهما شاء بالف وقبضهما فاعتق البايع احدهما بعينه فعتقه موقوف فان
اختار المشتري اخذ الاخر واختار ردها عتق الذي اعتقه البايع ملحق الفاسد بالجائز لما مر في اصل الباب الا ان
في الجائز يضمن الثمن وفي الفاسد يضمن القيمة وكذا في البيع الجائز لو لم يقبضها المشتري حتى كان ما وصفنا لان
البيع الجائز يفيد الملك بنفسه بمنزلة الفاسد بعد القبض فكان القبض فيه وعدم القبض سواء ولو لم يقبضهما
في البيع الفاسد حتى اعتق البايع احدهما بعينه او بغير عينه او اعتقهما معا جاز عتقه لان الفاسد لا يفيد الملك
للمشتري قبل القبض فصار وجود البيع وعدمه قبل القبض بمنزلة ولو قبض احدهما فاعتق البايع الذي قبض فعتقه
موقوف فان نقض البيع عتق وان اعتقه المشتري او مات في يده بطل عتق البايع لانه اذا انقض البيع ظهر ان عتق
البايع لاقى ملكه واذا اعتقه المشتري او مات في يده ظهر ان عتقه لم يلاق ملكه ولا محالا له فيه سبب الملك ولو اعتق المشتري
احدهما بعينه او بغير عينه قبل القبض او اعتقهما كان باطلا لانعدام الملك قبل القبض ولو اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما
شاء بالف درهم جاز البيع فرق بينهما اذا شرط الخيار وبينهما اذا لم يشترط والفرق انه اذا شرط الخيار يقع الملك في الحال بل يتوقف عند
الاختيار وعند ذلك المبيع معلوم وهنا وقع الملك في الحال وهو مجهول ولان ثمة لا يفضي الى المنازعة لانه يستبد بالتعيين
بحكم الخيار والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة لا تمنع الجواز كما اذا اشترى قفيزا من صبرة وكما لو اختلف عبده بعبد
غيره فباع عبده من صاحب العبد الاخر وقد ذكرنا ان هذا العقد لا يجوز قياسا لان المبيع مجهول وهو متفاوت في
نفسه وجهالة المبيع فيما يتفاوت تمنع الصحة الا ترى انه لو لم يشترط الخيار كان فاسدا فكذا اذا شرط الخيار يزيد
في معنى الغرر ولهذا لا يجوز فيما زاد على الثلث وجه الاستحسان ما ذكرنا ان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة
ثم الجهالة التي يتمكن بسبب عدم التعيين معتبرا بالغرر الذي يتمكن بسبب شرط الخيار وذلك متحمل في الثلاث
وما دونه لا يحتمل في الزيادة كذلك هنا لان احتمال هذه الجهالة لاجل الحاجة فقد يشتري الانسان لعياله ثوبا ولا
يعجبه ان يحملها الى السوق ولا يرضى البايع بالتسليم اليه ليحمل الى عياله بغير عقد فيحتاج الى مباشرة العقد بهذه
الصفة وهذه الحاجة مقصورة على الثلاث لان كل نوع يشتمل على اوصاف ثلاثة جيد ووسط ورديء فتم المقصود
بحمل الثلاثة الى اهله فاخذنا بما زاد على ذلك بالقياس لعدم الحاجة كما فعلنا ذلك في شرط الخيار ولان الاربع تتفق
اثنان على صفة فيحتاج الى اختيار اخر فتكثر الجهالة ثم هل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار
التعيين اختلف المشايخ فيه منهم من قال يشترط وهو المذكور في الجامع وقال بعضهم لا يشترط وهو المذكور في

الجامع الكبير المأذون لان خيار التعيين مما لا يتوقف فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومتى ترك ذكر خيار
الشرط يلزم العقد في احدهما غير عين حتى لا يملك ردهما ومتى كان مع ذلك خيار الشرط لا يلزم العقد في احدهما حتى
كان له ردهما في الايام الثلاث ولا يملك الرد بعد مضي الايام الثلاثة الا اذا مات العاقد فحينئذ لا يكون لورثته
ردهما لانه بطل خيار الشرط فلم يبق الخيار التعيين وذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها احد الثوبين وهو الصواب
لان المشتري اخذهما والاخر مجازا على معنى انه يحتمل ان يكون كل واحد منهما هو المشترى فتلك الرواية محمولة على المجاز والاخرى
على الحقيقة وهذه المسالة على وجوه احدها ان يقول اشتريت منك ثوبا واحدا من هذين الثوبين بعشرة دراهم على اني
بالخيار اخذ ايهما شئت بعشرة دراهم وارد الاخر وفي هذين الوجهين المشترى احدهما اما في الوجه الاول فلانه
اضاف العقد الى احدهما واما في الوجه الثاني فلانه وان اضاف العقد اليهما لكن لما قال اخذ احدهما وارد الاخر تبين
انه اشترى احدهما لان رد الاخر لا محالة انما يكون اذا كان المشترى احدهما والثالث ان يقول اشتريت منك هذين
الثوبين على اني بالخيار في احدهما وفي هذا الوجه المشترى كلاهما فان بين ثمن كل واحد منهما وعين الذي فيه الخيار
يجوز والا فلا ثم اذا جاز هذا العقد فان هلك احدهما قبل القبض او دخله عيب كان المشتري على خياره في الباقي لانه
لم يوجد ما يبطل خياره فان قبضهما ثم هلك احدهما او دخله عيب لزمه ثمنه ويرد الباقي وهو فيه امين لانه عجز عن
ردا الهالك منهما بحكم الخيار فتعين البيع فيه وهذا لانه حين اشرف على الهلاك تعيب في يده وعجز عن رده كما قبض
فيلزم البيع ويكون الاخر امانة في يده لانه انما قبضهما باذن البايع على ان يكون المبيع احدهما دون الاخر بخلاف ما لو
اشترى كل واحد منهما بعشرة على انه بالخيار ثلاثة ايام فهلك احدهما عنده فانه لا يرد الثاني لان العقد تناولهما الا
ترى انه يملك اتمام العقد فيهما فبعدما تعذر عليه رد احدهما لا يتمكن من رد الاخر لما فيه من تفريق الصفقة على
البايع قبل التمام وهنا العقد تناول احدهما الا ترى لا يملك اتمام العقد فيهما فبعدما هلك احدهما او تعيب تعين
ذلك للبيع فكان له رد الباقي وبخلاف ما اذا هلك احدهما قبل القبض وتعيب لان خيار المشتري انما يبطل بالعيب
الحادث في يده لانه مضمون عليه ولا يملك الفسخ مع العيب وبالموت صار معيبا قبله فتعين للبيع اما العيب في يد البايع لا
يعين المبيع فلا يبطل الخيار بالهلاك ولو باع احدهما او وهب او تصرف تصرفا اخر بعد صرفه وبطل خياره ولزمه ثمنه
وتعين الاخر للامانة فيرده وان هلكا معا فعليه نصف ثمن كل واحد منهما لان احدهما مبيع والاخر امانة وقبل
الهلاك حالهما على السواء فبعد الهلاك لا يتعين البيع في احدهما للمعارضة فيشيع حكم الضمان والامانة فيهما ولان
كل واحد منهما مبيع من وجه دون وجه وكذا لو هلكا على التعاقب ولا يدري الاول وان كانا قائمين باعيانهما واراد
ردهما فله ذلك لانه امين في احدهما فله ان يرده بحكم الامانة والاخر مشتري بشرط الخيار فينفرد برده ولو اختار احدهما
لزمه ثمنه ويرد الاخر وان مات المشتري في الثلاث لزمه احدهما بغير عينه والخيار في التعيين الى ورثته لانه سقط
خياره بالموت لانه لا يورث فلزمه احدهما ووجب ثمنه في مال الورثة وهو غير معين ومن لزمه حق غير معين كان التعيين اليه
وهذا الخيار في تعيين الضمان لا في اختيار المبيع والدليل على ان هذا خيار مبتدا ان الميت له ان يختار احدهما او يردهما وليس للورثة
ردهما وخيار المشتري كان موقتا وخيار الورثة غير موقت واذا اشترى جاريتين احديهما بالف والاخرى بخمسمائة على ان
ياخذ ايتهما شاء ويرد الاخرى فاعتقهما معا فانه يخير في ايهما اختار عتقت هي ويرد الاخرى لان عتقه نفذ في احدهما وهي
المشتراة ولو لم يعتقهما ولكن حدث بهما عيب ولا يدري ايهما اول فقال المشتري حدث بالتي قيمتها خمسمائة اولا وقال
البايع حدث بالتي قيمتها الف كان ابو يوسف اولا يتحالفان فايهما نكل لزمته دعوى صاحبه وان حلفا جعل كانهما

تعيبا اوهلكا معا فلزمه نصف ثمن كل واحدة منهما ثم رجع وقال القول قول المشتري مع يمينه وهو قول محمد لان الثمن يلزمه
وكان الخيار له وكان متمكنا من تعيين البيع فيهما فاذا زعم ان البيع تعين فيها يقبل قوله في الاخرى ونصف قيمة عيبها
في القياس لانهما لو هلكا معا لزمه نصف بدل كل واحدة منهما فاذا تعيبا فقد فات جزء من كل واحدة منهما والجزء
معتبر بالجملة ثم كل واحدة منهما مترددة بين الضمان والامانة وقوله في تعيين البيع مقبول لكن في اسقاط ما لزمه من ضمان
العيب في الاخرى غير مقبول فيرد نصف قيمة عيبها وفي الاستحسان لا يرد شيئا من حصة العيب لان من ضرورة تعيين احديهما
للبيع تعيين الاخرى للامانة وتعيب الامانة لا يوجب الضمان وهذا لان بالقبض لا يلزمه الاضمان ثمن واحدة منهما
الا ترى انهما لو هلكا لا يلزمه الا نصف ثمن كل واحدة منهما وقد وجب عليه كمال ثمن احديهما فلا يلزمه مع ذلك شيء من قيمة
الاخرى ولو حدث العيب بهما معا رد ايتهما شاء ولسلم الاخرى بخلاف ما اذا هلكتا لان الهالك ليس بمحل لابتداء البيع
فلا يكون محل التعيين البيع فيه والمعيب محل لابتداء البيع فيه فيكون محلا للتعيين ايضا ولكن ليس له ان يردهما بخلاف
ما قبل التعيب لان العقد لزم في المعيبة وسقط خيار الشرط فيها فلا يتمكن من ردها واذا رد احديهما في القياس يلزمه
نصف قيمة العيب وفي الاستحسان لا وان حدث باحديهما عيب اخر بعد ذلك لزمه البيع فيها لان العيب الاول لما لم يؤثر
في التعيين كان كالمعدوم فكانه لم يحدث الا هذا العيب وذلك موجب تعيين البيع فيها للعجز عن ردها وكذا لو ماتت
احديهما او جنى عليه المشتري ترد الاخرى لان العيب الاول صار كالمعدوم فصار كما لو ماتت او جنى عليها قبل التعيب واذا اعتق
البايع التي اختار المشتري لا يعتق لان باختيار المشتري تعين المبيع فانما اعتق ما لا يملك وان اعتقهما عتقت التي يرد
عليه كان عتقه نفذ في احديهما لان احديهما مبيعة خارجة عن ملكه وان كان للمشتري فيها خيار فلا ينفذ عتقه فيها
والاخرى امانة باقية على ملكه فنفذ عتقه فيها الان باعتاقه لا يسقط خيار المشتري لان البايع غير متمكن من اسقاط
خياره فيقال للمشتري اختر ايتهما شئت فان اختار احديهما تعينت الاخرى للرد وان اختار ردهما عتقت احديهما و
البيان للبايع لان احديهما ما كانت مملوكة له حين اعتق فلا ينفذ عتقه فيها وان عادت اليه بعد ذلك واذا اعتقت
احديهما يوصي بالبيان ولو لم تعتق احديهما لكن المشتري وطيهما فجاءتا بولد ثم مات قبل ان يبين ايتهما اختار فان عرفت الموطوة
اولا فهي ام ولده لان اقدامه على وطيها تعيين للبيع فيها لانه لا يحل الا في الملك فاقدامه عليه دليل تقرر ملكه فيها الا ترى
ان النبي صلى الله عليه وسلم لما خير بريرة رضي الله عنها قال لها ان وطيك زوجك فلا خيار لك فقد جعل تمكينها اسقاطا
لخيارها وترد الاخرى وولدها على البايع ولا يثبت نسبه من المشتري لانه ليس له فيها ملك ولا شبهة ملك وعليه عقرها
لان الحد قد سقط بشبهة صورة العقد والوطي في غير الملك لا ينفك عن حد او عقر فاذا سقط لزمه عقرها وان لم يعلم
ايتهما وطيت اولا فالقول قول الورثة لما قلنا فان قالوا لا نعلم لزم المشتري نصف عشر كل واحدة منهما او نصف عقرها
لانه ليس لاحديهما بتعيين البيع فيها باولى من الاخرى وتسعى كل واحدة منهما في نصف قيمتها للبايع لان البيعة
منهما ام ولد وقد عتقت بموته وليست احديهما باولى من الاخرى فلهذا يعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى كل واحدة في نصف
قيمتها لان حكم امومية الولد الولد لا يثبت فيما هو ملك البايع منهما وكذلك يعتق احد الولدين على المشتري وليس احدهما بذلك
اولى من الاخر فيعتق نصف كل واحد منهما ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته ولا يثبت نسب كل واحد منهما لان من ثبت نسبه
من المشتري منهما مجهول وانما يثبت في المجهول ما يقبل التعليق بالشرط والنسب لا يقبل التعليق بالشرط فلا يثبت في المجهول
ولو طيهما البايع والمشتري فادعى هو والمشتري ولديهما فالقول قول المشتري في التي وطيها اولا وهي ام ولده والولد ولده
لان خيار البيان للمشتري دون البايع فالمصير الى قوله اولى كما في الاعتاق ثم عليه عقر الاخرى لانه وطيها وهي مملوكة

مملوكة البايع والاخرى وولدها للبايع ويثبت نسب ولدها من البايع لانه ظهر انه استولدها في ملكه وعلى البايع عقرها ام ولد المشتري
لانه اقر انه وطيها وقد سقط الحد بالشبهة فيجعل العقد بالعقر قصاصا ويترادان الفضل ان كان فان مات البايع والمشتري قبل
البيان فالقول قول المشتري فان لم يعلم لم يثبت نسب واحد من الولدين لان الثابت نسب من كل واحد منهما مجهول والامتان وولداهما
احرار لان كل واحدة منهما ام ولد لاحدهما وقد عتقت بموت مولاها والولدان كذلك وعلى المشتري نصف ثمن كل واحدة منهما
لاجل التعارض فان كل واحد من الثمنين يلزمه في حال دون حال وعليه نصف عقر كل واحدة منهما وعلى البايع كذلك وتقع المقاصة
لانعدام الفضل هنا وعدم الفائدة في الاخذ والرد ولا خيار والولدين بين البايع والمشتري لان كل واحدة عتقت منهما
ولو كان الخيار على هذا الوجه للبايع وجاز البيع على رواية المازوني وهلك احد الثوبين عند البايع كان له ان يوجب الباقي لانه
لم يوجد ما يبطل خياره وان قبضهما المشتري وهلك احدهما في يده هلك امانة والبايع على خياره لان الخيار اذا كان للبايع
وهلك في يد المشتري انتقض البيع لان خيار البايع يمنع زوال الملك عن المبيع واذا انتقض البيع تعين الاخر للامانة الا ان
هنا احدهما امانة فاذا تعين القائم للبيع تعين الهالك للامانة بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري لان هلاك المبيع
في يده لا يوجب انتقاض البيع ويهلك على ملكه ولا فرق في الحقيقة فان في الصورتين يهلك على ملك من له الخيار وان حدث
باحدهما عيب بعد القبض فالبايع على خياره وله ان يلزمه ايهما شاء بجميع الثمن ولا خيار للمشتري لحدوث العيب في ضمانه وان
نقض البيع فيهما اخذهما ونصف قيمة العيب في القياس وفي الاستحسان لا يلزمه شيء وجه القياس ما ذكرنا في خيار المشتري
وجه الاستحسان ان المعيب محل لصرف البيع اليه فاذا اخذه صار راضيا بالعيب بخلاف ما اذا هلكا وكذا اذا جاز في المعيب ولو حدث
باحدهما عيب عند البايع بقي خياره لانعدام ما يبطل الخيار فان اجاز في غير المعيب لزمه ثمنه ولا خيار له وان اجاز في
المعيب فالمشتري بالخيار ان شاء رد لتعيب المبيع في يد البايع كما في الشرا المبتدا فان رده لم يكن للبايع ان يلزمه الاخر
لان البايع باختياره البيع في المعيب نقض البيع في هذا باب العيوب في البيوع اصل الباب ان اقرار المقر حجة في حقه
الا اذا صار مكذبا شرعا او حقيقة ولهذا من اقر بقطع يد فلان ويده قائمة لا يقضى عليه بشيء لانا تيقنا بكذبه وقد ذكرنا
هذا غير مرة وحرف اخر ان الاصل هو العمل بحقيقة الكلام ما امكن فان لم يمكن يعمل بمجازه صيانة عن اللغو لان العاقل
انما قصد به الصحة اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى جارية وقبضها ثم باعها من اخر وقبضها ثم باعها من
اخر وقبضها المشتري الثاني ثم طعن فيها بعيب يحدث مثله فقال المشتري الاول لم يكن هذا العيب عندي وحدث
عندك فاقام المشتري الاخر بينة ان هذا العيب كان عند البايع الاول فان القاضي يردها على المشتري الاول لانه
لانه متى ثبت وجوده عند البايع الاول ثبت وجوده عند الثاني ضرورة فلو اراد المشتري ان يردها على البايع الاول
له ذلك في قول ابي يوسف وقال محمد اما انا فلست ادري ان يردها على بايعه بذلك ولم يذكر قول ابي حنيفة واختلف
المشايخ على قوله منهم من قال هذه المسالة فرع مسالة القضا بشهادة الزور في العقود والفسوخ انه ينفذ ظاهرا
وباطنا عند ابي حنيفة وابي يوسف الاول وعند محمد وهو قول ابي يوسف الاخر ينفذ ظاهرا لا باطنا ووجه التفريع هو
ان المشتري الاول لما ادعى ان هذا العيب حدث عند المشتري الثاني فقد زعم انه لم يكن عند البايع الاول وان شهود
مشتري الثاني شهود زور والقاضي لما قضى بالرد بشهادتهم فقد قضى بشهادة الزور فكان زعم المشتري الاول عند
ابي حنيفة وابي يوسف الاول ان البيع الذي جرى بينه وبين المشتري الثاني انفسخ ظاهرا وباطنا وعادت
الجارية الى قديم ملكه فكان له حق الرد على بايعه اقتضى ما في الباب انه اقر انه ليس له حق الرد لكنه صار مكذبا في زعمه
بقضا القاضي كما في الشفيع على ما ذكرنا اما عند محمد نفذ القضا بالرد ظاهرا لا باطنا فلم تزل الجارية عن ملك المشتري

الاول باطنا في زعم المشتري الاول فلا يتمكن من الرد قال الصدر الشهيد لكن هذا البنا غير صحيح فان في قضا القاضي بشهادة
الزور قول ابي يوسف الاول مع ابي حنيفة وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة علم ان هذه مسالة مبتداة ومن المشايخ من قال
لا خلاف في المسالة وقول محمد انه لا يرد يعني بالبينة الاولى وقول ابي يوسف انه يرد يعني ببينة جديدة لان هذه خصومة جديدة
فلا بد من اقامة حجة جديدة فتلك البينة قامت قبل هذه الخصومة فلا يعتبر بالاجماع وعلى سبيل الابتدا محمد يقول
بان المشتري الاول لما اقر ان العيب حدث عند المشتري الثاني فقد اقر على نفسه انه ليس له حق الرد على بايعه واقرار المقر
على نفسه حجة لان الاقرار في حق المقر يدوم ولان قصد الشهود اثبات العيب عنده لا عند البايع الاول ولو انكر العيب
عنده لا يرد على البايع الاول ولانه متناقض في دعوى العيب فلا تسمع اقصى ما في الباب انه يصير مكذبا بقضا القاضي قلنا
انما يصير مكذبا فيما هو شرط القضا بالرد عليه لضرورة الرد وشرط الرد عليه قيام العيب عند البايع الاول فذلك فصل في
الباب فمتى لم يكن مكذبا فيما اخبر به شرعا العدم ايصال الحكم به جاز لخصمه ان يحتج عليه بذلك هما يقولان بلى اقر لكن
القاضي كذبه في هذا الاقرار حين قضى عليه ببينة المشتري الثاني ان العيب كان موجودا عند البايع الاول والاقرار
اذا اتصل به التكذيب من الشرع صار كان لم يكن الا ترى انه لو انكر قيام العيب عند نفسه ثم رده القاضي عليه بالحجة
كان له ان يرد على بايعه ولا يعتبر انكار العيب عند نفسه وان كان قيام العيب عنده شرط الرد ايضا الا ترى انه لو استحق
المبيع من يد المشتري كان له ان يرجع بالثمن وليس للبايع ان يقول انك لما اقررت لي بالملك حيث اقدمت على الشرى فقد
اقررت انه ليس لك حق الرجوع علي بالثمن لانه صار مكذبا شرعا وكذا الرجل اذا انكر الكفالة فاقام المكفول له البينة
وقضى عليه كان له ان يرجع على الاصيل وان انكر وكذا الشفيع مع المشتري هذا اذا رد بالبينة ولو رد باقرار
المشتري الاول بالعيب ليس له ان يرد على بايعه لان الرد بغير قضى القاضي بمنزلة بيع جديد لوجود حد البيع وهو
التمليك والتملك عن تراض فبطل حق الرد هذا اذا كان يحدث مثله فان عيبا لا يحدث مثله فرد بغير قضا باقراره فقد
ذكر في عامة الروايات انه لا يرد على بايعه ولا فرق بين العيب الذي يحدث وبين الذي لا يحدث لانه رد بالتراضي
فكان بمنزلة الاقالة وفي كتاب البيوع اشار الى الفرق بينما يحدث وبينما لا يحدث فقال في الذي لا يحدث سوا
قبل بقضا او بغير قضا له ان يرد على بايعه لتيقننا بوجود العيب عند البايع الاول ولانه قبل بدون القاضي
عين ما يامر به القاضي لو رفع اليه فكان فعله بمنزلة فعل القاضي كتسليم الشفعة والرجوع في الهبة وقضا
الدين من احد الوصيين وهذا لانه انما يشتغل بالخصومة لانه لم يرد فيها فائدة فلا يكون مختارا والاصح هو
الاول لما ذكرنا انه رد بالتراضي فكان بيعا في حق غيرهما قوله فعله عين ما يفعله القاضي قلنا ليس كذلك بل تمليك
وتملك بالتراضي لان حق المشتري في الجزء الفايت لا في الرد فكان بيعا ما امكن وانما يجعل فسخا اذا تعذر
جعله بيعا وفيما اذا كان بقضا تعذر جعله بيعا لانعدام الرضى بخلاف الرجوع في الهبة والشفعة لان
الحق مقصور على العين ولهذا يفوت بفوات العين وهنا غير مقصور على العين حتى يرجع بالنقصان عند
تعذر رد العين وفي قضا الدين حق الغريم مقصور على العين حتى يفوت بفواته ولان الغريم متمكن من
اخذه لان صاحب الحق اذا ظفر بجنس حقه له ان ياخذه بغير رضى المديون فكان فعل الوصي اعانة له على قبض
حقه بمنزلة رد الوديعة والمغصوب وان قبلها بقضى في العيب لا يحدث مثله له ان يرد على بايعه سوا رد
عليه باقراره او نكوله او ببينة قامت عليه لان الرد بقضى القاضي فسخ من الاصل وقد تيقننا بوجوده عند
البايع الاول وان كان عيبا يحدث مثله فله ان يخاصم بايعه ويثبت بالحجة وجود العيب عنده ليردها عليه ان كان

وان كان رد عليه باقرار او بنكول لان النكول لا يكون اقوى من الاقرار لان الرد وان حصل بقضا لكنه حصل بحجة
قاصرة فمن حيث ان الرد بقضا فسخ له ان يخاصم البايع ومن حيث ان الدليل قاصر يلزم المشتري الا ان يقيم
البينة على البايع وهذا اذا لم يكن منه جحود للعيب نصا فان كان قال بعتها وليس هذا العيب بها فاستحلف بها
فان كان يحلف فردها عليه فاراد خصومة البايع الاول فيها واحتج البايع الاول عليه بقوله لم يكن هذا العيب
بها فانه لا يردها على البايع الاول لان من ضرورة جحوده كون العيب عنده الاقرار بانه لم يكن عند البايع الاول و
واقراره حجة عليه للبايع الاول وهذا الجحود مطلق لم للبيع فاذا امتنع من ذلك صار كالباذل للفسخ للمشتري منه
فلا يكون له ان يخاصم بايعه كما لو قبله بغير قضا رجل اشترى عبدا وشرط البراة من كل عيب جاز البيع والشرط
عندنا وان لم يسم العيوب وقال الشافعي شرط البراة عن العيوب المجهولة باطل الا ان يكون عيبا في باطن
الحيوان فله في ذلك قولان وفي البيع بشرط البراة من كل عيب له قولان احدهما ان البيع فاسد والثاني ان البيع
صحيح والشرط باطل حتى كان له ان يرد بالعيب والخلاف ينبني على ان الابرا عن الحقوق المجهولة يجوز عندنا
وعنده لا يجوز والثاني ان هذا ليس بابرا لانه اسقاط وانه يستدعي سبق الثبوت ولا ثبوت هنا لكن الخلاف
ان هذا العقد وقع جائزا او لازما عنده يقع جائزا وعندنا لازما اما الاول فهو يقول الابرا تمليك المعنى والجهالة
مانعة صحته وبيانه ان الدين مال مقدر في الذمة ولهذا اوجب الزكاة فيه وصح الشرا ممن عليه الدين ونقل
الاموال في الشرع بالتمليك دون الاسقاط ولهذا يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالخطر والرضى في التمليكات
شرط ولا يتحقق الرضا مع الجهالة ولهذا لا يصح شي من التمليكات مع الجهالة وقد نهى صلى الله عليه وسلم
عن بيع وغرر وهذا بيع غرر لانه لا يدري ان المعقود عليه على اي صفة ولانه هنا شرط يمنع موجب العقد لان
موجبه استحقاق صفة السلامة وهذا الشرط يمنع من ذلك فهو نظير شرط يمنع الملك ولان البايع التزم تسليم
المجهول لانه التزم تسليم المبيع على الصفة التي عليها المبيع وذلك غير معلوم عند المتعاقدين والتزام
المجهول بالبيع لا يصح كبيع ثوب من العدل وشاة من القطيع بخلاف ما اذا سمى العيب وابراه فانه ما يلتزم
تسليمه بالعقد بعد تسليمه العيب معلوم ولا يمكن اعلامه نحو غور الجراحة او يلحقه حرج باعلامه نحو ما
يكون في باطن الحيوان يسقط اعتباره للتعذر والدليل على الفرق بين المسمى وغير المسمى ان المشتري لو عرض
على غيره وقال اشتره فانه لا عيب ثم وجد به عيبا كان له ان يخاصم بايعه ومثله لو قال اشتره فانه ليس بابق
ثم وجد به عيب الاباق ليس له ان يخاصم بايعه وحجتنا في ذلك ما روي ان زيد بن ثابت باع مملوكا من عبد الله
بن عمر رضي الله عنهما بشرط البراة من كل عيب ثم طعن فيه بعيب فاختصما الى عثمان رضي الله عنه فقال يمينك
ما بعته وبه عيب كتمته فنكل عن اليمين فرده عليه فقد اتفقوا على جواز البيع بهذا الشرط وانما اختلفوا
في صحة الشرط فيستدل باتفاقهم على جواز البيع وبقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم على صحة الشرط
والدليل على جواز الابرا عن الحقوق المجهولة ما روي ان رجلين تخاصما الى النبي صلى الله عليه وسلم في مواريث قد درست
فقال استهما وتوخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه وهذا ابرا عن المجهول وروي عنه صلى الله عليه وسلم لما
بعث خالدا رضي الله عنه الى بني جذيمة داعيا لا مقاتلا وبلغه ما صنع بهم خالد فقال اللهم اني ابرا مما صنع
خالد ثلاثا ثم اعطى عليا رضي الله عنه مالا وقال ايت هولاء القوم واجعل امر الجاهلية تحت قدميك ودلهم كل نفس ومال
فاتاهم علي رضي الله عنه ووداهم حتى ميلغة الكلب فبقي في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمون انتم ولا يعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم

ثم اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم واخبره بذلك فقال اصبت واحسنت فذلك تنصيص على جواز الابرا عن الحقوق المجهولة بعوض والمعنى فيه ان هذا اسقاط حق لا يحتاج فيه الى التسليم فيصح في المجهول كالطلاق والعتاق وتاثيره ان نفس الجهالة لا يمنع صحة الالتزام لكن جهالة تفضي الى المنازعة الا ترى ان التمليكات يصح في هذا مع انها اضيق من الاسقاطات كبيع قفيز من صبرة وللمسقط تيلاء شي فالجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة وهذا لان الابرا افراغ الذمة وانه عبارة عن عدم شي كان فيها فكان بمنزلة الطلاق ولهذا لا يشترط القبول للصحة وهذا لا يصح التمليك بلفظه الابرا ولو كان الابرا تمليكا كان قوله ابرائك بمنزلة قوله ملكتك وان كان تمليكا فالجهالة لا تمنعه فيما لا يحتاج فيه الى التسليم ولا معنى لقول من يقول ان الايجاب في المجهول في معنى التعليق بشرط البيان فما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يصح في المجهول ولان الشرط داخل على نفس السبب حتى يجعله في حكم تصرف اخر وهو يمين والجهالة تدخل على حكم السبب فاذا كانت تفضي الى المنازعة يتعذر اثبات الحكم مع الجهالة واذا كانت لا تفضي لا يتعذر فلا تمنع صحته اذا ثبت صحة هذا الشرط نثبت جواز العقد معه لانه تقرر بمقتضى العقد فمقتضى العقد اللزوم والعقد بهذا الشرط يلزم سليما كان المبيع او معيبا وتسميته ابرا مجازا لانعدام الحق المشتري قبل البايع لان العقد وقع غير موجب التسليم انما هو بيان ان ايجابه عقدا لا يوجب خصومة بعيب وهذا العقد نوع اخر غير العقد الذي يوجب الخصومة بسبب العيب كالبيع بشرط الخيار نوع غير البات ثم البايع بهذا الشرط يمتنع من التزام ما لا يقدر على تسليمه لان عند الاطلاق يلتزم صفة السلامة واذا كان معيبا فهو عاجز عن تسليمه بتلك الصفة والقدرة على التسليم شرط جواز العقد لان يكون موجبا فساده بل هذا اولى بالجواز لان عند الاطلاق يستحق وصفا غير موجود ولا مملوك ولا مملوك وانه يوجب الفساد وهنا يستحق ما هو المملوك والموجود ثم لا يتمكن جهالة في المبيع بهذا الشرط لانه مشار اليه معلوم بالاشارة الى عينه او الى مكانه وليس مقصوده من هذا الشرط الاقرار بالعيوب به فلا يجتمع كل عيب في غير واحد فانما يقصد بذكره لزوم البيع والتزام التسليم على وجه يقدر وهذا من الحكمة ولهذا قلنا ان المشتري بقوله لا عيب فيه لا يصير مقرا بانتفاء العيوب عنه بل قصده من ذلك ترويج السلعة بخلاف قوله ليس بابق ففي تخصيصه هذا العيب بالذكر ما يدل على ان مراده نفي هذا العيب عنه ولئن تمكنت جهالة في وصف المعقود عليه بهذا الشرط فهي جهالة لا تفضي الى المنازعة فلا تؤثر في العقد كجهالة مقدار العيب المسمى وكان ابن ابي ليلى يقول لا تصح البراة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرى هذه المسالة بينه وبين ابي حنيفة في مجلس ابي جعفر الدوانقي فقال ابو حنيفة ارايت لو باع جارية حسناء في موضع الما في منها عيب اكان يحتاج البايع الى كشف عورتها ليري المشتري ذلك العيب ارايت لو ان بعض امر المومنين باع عبدا حبشيا على راس ذكره برص اكان يلزمه ان يري ذلك المشتري فما زال به حتى افحمه وضحك الخليفة مما صنع به فرجع عن قوله وجعل يقول بعد ذلك يحتاج الى ان يسمي العيوب كلها باسمايها لان صفة المبيع وما يشترا انما تصير معلومة بتسمية ما به من العيب فهو قول شريح لكنا نقول الابرا عن العيوب اسقاط للحق والمسقط يكون متلاشيا فالجهالة لا تمنع صحته على ما ذكرنا ثم البايع بهذا الشرط يمتنع من التزام ما لا يقدر على تسليمه فربما يلحقه الحرج في تسليمه العيوب والحرج مدفوع واكثر ما فيه انه يتمكن جهالة في الصفة بتركه تسمية العيوب لكن البيع بلاقي العين دون الصفة فيصح البيع بشرط البراة عن العيوب ويصح الابرا عن الجهالة لكونه اسقاطا واذا عرفنا جواز البيع بهذا الشرط قلنا يدخل في البراة من كل عيب موجود به وقت العقد وهل يدخل فيها العيب الحادث بعد البيع قبل القبض على قول ابي

حنيفة وهو الظاهر من قول ابي يوسف يدخل وقال محمد وزفر والحسن لا يدخل وهو رواية بشر بن سماعة عن ابي يوسف لمحمد انه ابراه عن حق لم يجب فاذا وجب بعد البراة لم يسقط كالابرا عن الدين قبل وجوبه لان الابرا اسقاط وذلك للقايم لا للمعدوم وانه تصرف في العيب والتصرف يستقيم في الموجود لا في المعدوم ولانه ذاك مجهول لا يدري ايحدث ام لا واي مقدار يحدث ولو صرح بالتبري من العيب الذي يحدث قبل القبض فسد البيع فلو دخل في هذا الشرط يفسد العقد به ايضا ولانه اطلق اللفظ فينصرف الى الموجود كما في سائر الالفاظ المطلقة ابو يوسف يقول العقد سبب لثبوت حق الرد بالعيب الحادث فاذا ابراه فقد اسقط الحق عند وجود سببه فجاز كالقايم وهذا لانه ابراه عن كل عيب فانه عام وقد امكن العمل بعمومه لانه سبب حق الرد وهو البيع لانه يقتضي السلامة فاذا ابراه عن كل عيب يجعل يجعل التزاما للعقد وابطالا لوصف كونه سببا الرد تصحيحا الكلامه فيصير كانه قال عن كل عيب قايم وعما يحدث قبل القبض ولان العيب الحادث لما جعل كالموجود عند العقد في ثبوت حق الرد يجعل كالموجود عند العقد في دخوله في شرط البراة من كل عيب لان مقصود البايع اثبات صفة اللزوم للعقد والامتناع من التزام ما لا يقدر على تسليمه وفي هذا لا فرق بين الموجود والحادث ولانه اخرج الكلام مخرج العموم فيتناول القايم وما يحدث كما لو وكل وكيله بقبض كل دين له في هذا البلد على الناس له ان يقبض الموجود والحادث ولا رواية عن ابي يوسف فيما اذا نص على البراة من العيب الحادث وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام نفس العيب الموجب للرد في صحة الاسقاط ولئن سلمنا فنقول ظاهر لفظه يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيه ما يحدث قبل القبض تبعا لان ذلك يرجع الى تقرير مقصودهما وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز ان يكون مقصودا بذلك التصرف كالشرب والطريق في بيع الارض والدار والمنقولات في وقف القرية ولو كان شرط البراة من كل عيب به فهذا تقييد للعيب الموجود فلا يتناول الحادث فان شرط البراة من كل عيب ثم وجد به عيبا واختلفا فقال المشتري انه حدث بعد العقد قبل القبض وقال البايع كان موجودا عند العقد فلا فايدة في هذا الاختلاف عند ابي يوسف لحصول البراة عنهما وانما التفريع على قول محمد فالقول قول البايع عنده وعند زفر والحسن القول قول المشتري لانه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما اسقط قوله كما في الفصل الاول ومحمد يقول قد ظهر المسقط مطلقا والمشتري يدعي خروج شي بعينه من ذلك المطلق فلا يقبل قوله الا بحجة كما لو ابراه عن كل حق له عليه ثم اختلفا في دين انه كان موجودا وقت الابرا او حدث بعده فانه يكون القول قول من يدعي دخوله في البراة المطلقة كذلك هنا بخلاف ما اذا شرط الابرا عن كل عيب به ثم اختلفا فانه يكون القول قول المشتري لان البراة كانت خاصة وما ظهر المسقط الا مقيدا بوصف فاذا انكر المشتري في عيب بعينه انه ما دخل في ذلك الايجاب وجب المصير الى قوله كما في البراة المقيدة بمكان او زمان وهذا لان العيب حادث فيحال بحدوثه الى اقرب الاوقات وهو حالة الاختلاف او بعد البيع نظيره ما قال في الزيادات اذا قال كل جارية لي حرة الا امهات اولادي ثم قال هذه ام ولدي وانكرت الجارية كان القول قولها وتعتق وان كان منكرا للعتق لانه اوجب العتق بلفظ عام فيتناولها من حيث الظاهر فلا يصدق ولو قال كل جارية لم تلد مني فهي حرة ثم قال هذه لم تلد مني وقالت ولدت فالقول قوله لانه اوجب العتق بلفظ خاص فاذا انكر الوصف فقد انكر العتق ولان في الفصل الاول وهو البراة العامة المشتري يدعي حدوث العيب بعد البيع والبايع ينكر الحدوث بعد البيع وعدم الحدوث هو الاصل والحدوث عارض فكان البايع متمسكا بما هو الاصل فكان القول قوله وعلى المشتري البينة فان قيل كما ان البايع منكر لانه ينكر حدوث العيب لا بعد الاوقات والاصل في الحوادث ان يحكم بحدوثها لاقرب الاوقات كان المشتري منكرا ايضا

بهذا الاعتبار قيل له بلى لكن جعل البايع منكرا اولى لانه منكر صورة ومعنى لانه ينكر الرد والمشتري وان كان منكرا من الوجه الذي قال فهو مدعي معنى لانه يدعي الرد فكان جعل البايع منكرا اولى لانه منكر صورة ومعنى اولى وهذا لان المقصود الاصلي ليس بيان وقت العيب بل ثبوت حق الرد وعدمه وذلك طريق معرفة ما هو المقصود من الدعوى وفيما يرجع الى المقصود البايع منكر فكان القول قوله مع اليمين لقد باعه مع اليمين لقد باعه وهذا العيب به والبينة بينة المشتري ولو اشترى جارية على انه بريء من كل عيب بها فوجدها مقطوعة اليد لا ترد لحصول البراءة ولو اشترى على انه بريء من كل عيب بكمها ترد لانه انعدام محل الابراء فلا يصح رجل اشترى عبدا وقبضه فساومه رجل فقال المشتري اشتره فانه لا عيب به فلم يتفق بينهما بيع ثم وجد بالعبد عيبا يحدث مثله واقام البينة انه كان به عند البايع وقال البايع قد اقر عند المساومة ان لا عيب به لا يلتفت الى قول البايع ويرد عليه لوجهين احدهما انما قال المشتري لا عيب به كذب بيقين لانا نعلم يقينا انه لا يمكنه الوقوف على نفي عيوب الادمي كلها فانه ربما يكون به عيب باطن لا يعرفه الا الخواص من الناس والكذب مما يتعلق به الحكم فيكون وجوده وعدمه بمنزلة حتى قال بعض مشايخنا ان كان هذا في الثوب يجعل اقرارا والثاني ان مثل هذا الكلام في العرف والعادة لا يذكر لنفي العيب لانه لا يوقف على نفي العيوب وحيوان ما عادة لا يخلو عن عيب ما ولو حملناه على ذلك يكون كذبا فحمله على ترويج السلعة كانه قال اشتره فانه جيد غير فيه هذا هو المفهوم في العرف من هذا الكلام عند المساومة واذا صار المراد الترويج لم يبق اقرار بنفي العيب ولو قال اشتره فانه لا عور به او لا شلل ثم اراد ان يرد بالعور او الشلل ليس له ذلك اما على الوجه الاول فلانا لم نتيقن بكذبه فيما اقر لان نفي عيب واحد يوقف عليه واما على الوجه الثاني فلانا حقيقة هذا الكلام ممكن ويمكن الوقوف على حقيقته و يذكر في العرف لنفي العيب لا للترويج واذا كان نفيا فاذا ادعى بعد ذلك صار مناقضا والتناقض يمنع الدعوى استشهد محمد فقال الا ترى انه لو اشترى عبدا ثم اراد ان يرده بعيب فشهد شاهدان على ان المشتري ابرأ البايع عن كل عيب ثم اشتراه احدهما فوجد به عيبا فاراد ان يرده كان له ذلك ولا يكون شهادته على الابراء من كل عيب اقرارا بوجود العيب فيه فلا يكون الشاهد راضيا بوجود ذلك العيب فيه بالشهادة وعلله لو شهدا انه ابرأ البايع من عيب كذا ثم اشتراه احدهما فوجد به ذلك العيب لا يكون له ان يخاصم فيه لان الابراء عن عيب اقرار بوجوده لان البراءة تقتضي قيام الحق ولا حق عند عدم العيب وكذا لو شهدا على البراءة من الاباق ثم اشتراه احدهما فوجده ابقا فله ان يرد لان الاباق مذكور في البراءة مطلقا غير مضاف اليه فلا يكون اقرارا من الشاهد ولا من المشتري بوجود ذلك فيه بمنزلة البراءة من كل عيب ولو شهدا انه تبرأ من اباقه ان يرده لانه اضاف الاباق اليه بحرف الكناية وتخصيصه من ساير العيوب بالاضافة اليه يكون اخبارا بوجوده فيه فالشاهد اقدم على شرائه وهو عالم بعيبه فلا يكون له ان يرد وهذا اذا كان عيبا يحدث مثله اما اذا كان عيبا لا يحدث اصلا او يحدث في مثل تلك المدة التي اشتراه وقبض ثم وجد ذلك العيب يرده لان القاضي يتيقن بكذب اقراره والمقر اذا صار مكذبا في اقراره اما حقيقة او حكما صار وجود اقراره وعدمه بمنزلة ذكرنا ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى عبدا او كتب فيه لا داء ولا غائلة ولا خبثة وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن ابي حنيفة المرض في الجوف والكبد فان المرض ما يكون في ساير البدن والداء ما يكون في الجوف والكبد والرية والطحال وفساد الحيض لان الداء في العادة يختص بها وفيما روي عن ابي يوسف قال الداء هو المرض والسقم والغائلة ما يكون من قبل الافعال كالاباق والسرقة وهكذا روى ابن سماعة وبشر بن علي بن الجعد عن ابي يوسف لان الغوائل ما يكون من فعل الانسان وهذه العيوب هي التي تختص بالفعل والخبثة الاستحقاق وقيل الجنون قال هشام سالت ابا يوسف عن رجل قال انا بريء من

من كل داء ولم يقل من كل عيب قال لا يبرأ وهو قول ابي حنيفة لان الداء داخل في العيب وليس العيب بداخل في الداء فالعيب اسم عام يتناول الداء وغيره والداء اسم خاص لا يتناول العيب والمرجع في معرفة العيوب الى عرف التجار وفي كل شيء يرجع الى اهل تلك الصنعة فما يعدونه عيبا يرد به وما ينقص المالية فهو عيب لان المقصود من البيع الاسترباح وذلك بالمالية فما ينقص المالية يمكن خللا في المقصود وذلك عيب يرد به والله اعلم

باب جناية العبد في البيع وفيه خيار المشتري او البايع والقتيل يوجد في الدار

اصل الباب ان الرقيق متى جنى جناية موجبة للمال تتعلق الجناية برقبته ان كانت رقبته محلا ولا يجب في ذمة الرقيق حتى اذا اعتق لا يواخذ به بعد العتق لا يواخذ به بعد العتق وانما يتحول الى الفدا اذا اختار المولى الفدا اما نصا بان قال اخترت الفدا او دلالة بان تصرف فيه تصرفا يبطل حق ولي الجناية عن العتق مع علمه بالجناية لانه لا يمكن دفعه بعد وجود هذا التصرف والمخير بين شيئين اذا عجز نفسه عن احدهما صار مختارا للاخر دلالة وان احدث هذا التصرف وهو جاهل بالجناية يصير مستهلكا فيضمن الاقل من قيمته ومن الارش لانه هو الواجب لولي الجناية بيقين وحرف اخر ان الجناية من العبد عيب محذور عند المشتري يمنع الرد على البايع بعيب كان عنده كساير العيوب الحادثة في يده وحرف اخر ان الخطاب بالدية عند وجود القتيل في الدار يتعلق بولاية الحفظ لا بضمان ترك الحفظ فبعد ذلك قال ابو يوسف ومحمد ولاية الحفظ تستفاد بالملك فيعتبر الملك وابو حنيفة يقول حقيقة القدرة تثبت باليد الا ان الملك سبب لليد فاذا كان الملك لاحدهما والبدل للاخر كان اعتبار البدل اولى لما نذكر وحرف اخر ان في البيع بشرط الخيار البدل الذي من جانب المشروط له الخيار لا يخرج من ملكه والبدل الذي من جانب الاخر يخرج من ملكه ولا يدخل في ملك المشروط له الخيار عند ابي حنيفة وعند ابي حنيفة وعندهما يدخل في ملك المشروط له الخيار وللشافعي ثلاثة اقوال في قول لا يخرج من ملك من له وفي قول يخرج ويدخل في ملك الاخر وفي قول اذا اسقط الخيار تبين انه كان خارجا من ملكه الى ملك صاحبه من وقت العقد اذا عرفنا هذا قال محمد رجل باع عبدا على انه بالخيار ثلاثة ايام فجنى العبد جناية فهذا على وجهين اما ان كان الجناية في يد البايع او في يد المشتري اما اذا كان الخيار للبايع والجناية في يده فخياره على حاله لانه لم يوجد منه ما يبطل خياره لان حدوث العيب في يده لا يبطل البيع ولا خياره ولا ضرر على احد في بقائه فيتخير بين النقض والامضاء فان نقض عاد الى ملك البايع بصفة النقص فصار كان ذلك البيع لم يكن فيتخير بين الدفع والفداء لان الجناية حصلت على ملكه لان خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه ولهذا لو كانت جارية لا يجب عليه الاستبراء اذا نقض البيع ولهذا لو هلك يهلك على ملكه وان امضى البيع وهو يعلم بالجناية او لا يعلم فالبيع جائز ولا يصير مختارا ولا مستهلكا اما صحة الامضاء فلان شرط صحته قيام العقد وهو باق بعد الجناية فيصح الامضاء والاجازة واما عدم صيرورته مختارا عند العلم او مستهلكا عند الجهل لان بالاجازة لا يصير مبطلا حق ولي الجناية عن عين العبد لان عند الاجازة يملك المشتري العبد من وقت البيع لان البيع بشرط الخيار سبب تام للملك ولهذا ينفذ بمضي المدة من غير اجازة وينفذ بموت من له الخيار ولو كانت جارية كان اولادها واكسابها للمشتري ولو باع شيئا على انه بالخيار ثلاثة ايام وهو صحيح ثم مرض مرض الموت في مدة الخيار فاجاز تعتبر المحاباة من جميع المال ولان في البيع المبتدا انما يصير مختارا للفدا او مستهلكا

لانه بالبيع ابطل حق ولي الجناية عن عين العبد فانه لا يتمكن ولي الجناية من اخذ عين العبد بعد البيع من المشتري لان الجناية لم تكن في ملكه هذا المعنى معدوم في الاجازة لانه لا يصير بها مبطلا حقهم عن عين العبد لانه يملك المشتري من وقت البيع لما ذكرنا ولان الاجازة تصرف في نفسه لا في العبد بخلاف فيه البيع وعند زفر تجب الدية على البايع لان العبد كان في ملكه ولهذا ينفذ اعتاقه وساير تصرفاته وقد اخرجه عن ملكه بالاجازة فتجب الدية كما في البيع المبتدا وعندنا يجب على المشتري لما ذكرنا الا ان المشتري يخير بين اخذ العبد بجنايته وبين الرد لان الجناية عيب وقد حدث قبل القبض فكان له حق الرد كساير العيوب فان رضي باخذ العبد يخير بين دفع العبد الى ولي الجناية وبين الفدا لما ذكرنا انه ملك العبد من وقت العقد فتبين ان الجناية وجدت والعبد في ملكه ولا يرجع على البايع بشي وان كانت الجناية في ضمان البايع لانه لزمه باختياره ورضاه الا ترى انه لو تعيب بعيب اخر واختيار اخذه لا يحط شي من الثمن ولا يرجع على البايع بشي كذلك هنا وان لم يرض المشتري بالعبد ورده على البايع يخير البايع بين والفدا ولا يصير المشتري بالرد مختار الفدا لان البايع بالرد عليه لا يملك ملكا جديدا بل يعود اليه قديم ملكه فلا يصير المشتري مبطلا حق ولي الجناية عن العين ولان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من كل وجه في حق الكل في البيع البات فهنا اولى فبقي العبد على ملك البايع فيخير فان قيل الملك للمشتري يثبت من وقت البيع في بعض الاحكام كما ذكرتم لكن في بعض الاحكام يثبت مقصورا على وقت الاجازة الا ترى انه يشترط بقا المحلية وقت الاجازة حتى لو مات قبلها يبطل البيع وان كان المشتري اعتقه في مدة الخيار ثم اجاز البايع البيع لا ينفذ العتق ولو ثبت من وقت العقد لنفذ كما في المشتري من الغاصب وكالوارث اعتق في التركة المستغرقة ثم سقط الدين ونص في البيوع من باع جارية على انه بالخيار ثلاثة ايام ثم اشترى ابنها في مدة الخيار يكره له امضا البيع في الام ولو كان الخيار للمشتري لا يكره ونص في الماذون لو باع الماذون على انه بالخيار ثلثة ايام ثم اجاز البيع يصير محجورا من وقت الاجازة حتى يواخذ بما لزمه من الديون من وقت المبايعة الى وقت الاجازة وكذا نص في الصلح من باع عينا على انه بالخيار ثلاثة ايام على ان يكون الثمن موجلا الى شهر ثم ان البايع اجاز البيع يعتبر الاجل من وقت الاجازة وكذا الاستبرا يعتبر من وقت الاجازة فاذا كان في الاحكام تعارض فباعتبار احد الاعتبارين ان كان يتوجه على المشتري الخطاب بالدفع او الفدا فباعتبار لا يتوجه ويبطل والتوجه لم يكن فلا يتوجه بالشك فيبطل حق ولي الجناية عن رقبة العبد فصار البايع مختار الفدا كما في البيع المبتدا قيل له المشتري يملك المبيع من وقت البيع في حق كل حكم لا يشترط لثبوته حقيقة الملك وهو الملك الثابت من كل وجه كما في حق ملك الزوايد والكسب فانه لا يشترط لثبوت ملك الزوايد واكتساب الملك من كل وجه ولهذا يملك المكاتب في الماذون الزوايد والكسب وان لم يكن الملك ثابتا لهما من كل وجه وهذا لان الملك عند الاجازة يثبت من وقت البيع من وجه اذا ثبت هذا فنقول يوجه الخطاب بالدفع او الفدا لا يفتقر الى الملك من كل وجه الا ترى ان عبد المكاتب اذا جنى يخاطب المكاتب بالدفع او الفدا فكان هذا نظير ملك الزوايد والكسب فيملك المبيع من وقت البيع والعتق يفتقر ثبوته الى الملك من كل وجه حتى لا يصح العتق من المكاتب فاعتبرنا الملك في حق نفاذ العتق مقصورا على الحال وهو وقت الاجازة الا ترى ان الغاصب يملك الزوايد باد الضمان مع انعدام الملك وقت حدوثها بخلاف اعتاق المشتري من

من الغاصب او الوارث لان ثمة السبب كامل الا انه تاخر حكمه دفعا للضرر عن المالك وضرورة في زوال الملك لا في انعقاد السبب فبقي السبب تاما ولهذا لو اعتبر الاشهاد على النكاح يعتبر وقت العقد لا وقت الاجازة والنكاح ينعقد مع التوقف وما يمنع تمام السبب فالنكاح لا يحتمله لخيار الشرط وكذا الغاصب انا اذا تصادقا وتقابضا وافترقا ثم اجاز المالك يجوز العقد وما يمنع تمام السبب لا يكون عفوا في الصرف بعد الافتراق لخيار الشرط وكذا لو نقد راس مال السلم وافترقا ثم استحق واجاز النقد يجوز بخلاف الشرط وكذا في الوارث لانه لا خلل في السببية اما في البيع بشرط الخيار السبب غير تام لان قوله على اني بالخيار مقرون بالعقد نصا وتعليق العقد بالشرط يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط و لهذا لم يجز البيع قياسا لانه ادخل الشرط فينعقد اصل العقد ويكون في حق الحكم كالمتعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبله الا ترى انه لو قال اذا جاء غد فلله على ان اتصدق بدرهم فتصدق اليوم لا يجوز بخلاف ما لو قال لله على ان اتصدق بدرهم غدا فعرفنا ان التوقف لا يمنع تمام السبب والتعليق يمنع فالحاصل ان في البيع بشرط الخيار ملك البايع والمشتري ناقص الا ان الملك الناقص يكفي لتوجه الخطاب بالدفع او الفدا ولا يكفي للعتق واعتاق البايع لا ينفذ لكمال ملكه وانما ينفذ لانه يستبد بالنقض فاذا اقدم على تصرف لا يصح ذلك التصرف الا بالملك الكامل ينتقض البيع مقتضى صحة التصرف فيكون الاعتاق مصادفا ملكا كاملا كما لو وطي واما مسالة البيوع انما جعلت الاجازة في حق كراهة التفريق بمنزلة بيع المبتدا وان كان لا يشترط الثبوت كراهة التفريق ثبوت الملك في الام والولد من كل وجه حتى كره للمكاتب التفريق لان الاجازة تساوي البيع المبتدا في حق التفريق بينهما بعد الاجتماع في ملكه فالاجازة توجب ذلك ولمساواة الاجازة في المعنى ساويته في الحكم ايضا اما هنا الاجازة لا تساوي البيع المبتدا في المعنى لان البيع المبتدا يبطل الحق عن العين والاجازة لا واما مسالة الماذون فالقياس ان يصير العبد محجورا من وقت البيع لانه لا يشترط لصحة الحجر ثبوت الملك في العبد من كل وجه حتى يملك المكاتب حجر عبده لكن تركنا القياس فيها النوع ضرورة وهو نفي الغرور في حق من بايع العبد في مدة الخيار لانه انما بايعه على تقدير انه ماذون خصوصا من بايعه بحضرة المولى والمولى ساكت كما جعلنا العبد ماذونا في التجارة حكما اذا كان يتجر والمولى يراه وهو ساكت لهذه الضرورة وتركنا فيه القياس وهذه الضرورة معدومة هنا لانا اذا جعلنا العبد مملوكا للمشتري من يوم البيع لا يتضرر ولي الجناية لانه لا يبطل حقه واما مسالة الصلح انما اعتبرنا الاجل من وقت الاجازة لان الاجل لتاخير المطالبة والمطالبة بالثمن غير متوجهة على المشتري قبل الاجازة فلهذه الضرورة اعتبرنا الاجل من وقت الاجازة بخلاف خيار الروية لان خيار الروية لا يمنع توجه المطالبة فكان الاجل معتبرا من وقت العقد ولهذا قال ابو حنيفة اذا اجله البايع سنة ولم يقبضه المشتري حتى مضت السنة يعتبر الاجل من وقت القبض وهكذا روى هشام عن ابي يوسف لان فائدة التاجيل ان ينتفع المشتري بالمبيع ويترفه بتاخير الثمن وهذه الفائدة لا تحصل الا بعد القبض كذلك هنا هذه الفائدة لا تحصل الا بعد الاجازة لان التمكن من التصرفات بالاجازة اما الاستبرا فلان سببه وجوب الملك التام من كل وجه لان حل الوطي انما يثبت

فكان بمنزلة الاعتاق بل فوقه الا انها لو حاضت حيضة في البيع البات قبل القبض لا يجتزى
بتلك الحيضة من الاستبرا مع انه يملك الاعتاق وهذا لان الاستبرا انما يجب عند ارادة الوطي و
ذلك انما يكون بعد القبض ولان الفسخ والاجازة حكم يرجع اليهما اولهما ولاية على انفسهما وانما تصرفنا بالفسخ
والاجازة بناء على العقد السابق فيجعل طرفيهما بناء على العقد السابق فيما يرجع اليهما ولا يتادى الى الغير
كما جعلنا الاقالة والرد بالعيب بعد القبض بغير قضا فسخا في حقهما فنقول لا يتعدى الفسخ و
الاجازة الى ولا الجناية لان حقه في الدفع او الفدا وذلك يصل اليه لا محالة اما من البايع او المشتري
فتظهر الاجازة في حقه من وقت العقد وكذا الفسخ والاستبرا حق الشرع والفعل متى تردد بين الحل
والحرمة ترجح جانب الحرمة احتياطا فجعلنا الاجازة بمنزلة الابتدا اما احتياطا لامر البضع او لئلا
يبطل حق الشرع وفي الاجل لو جعلنا العقد نافذا من وقت وجوده يبطل حق المشتري في الاجل فا
الظاهر انه يشتريه باكثر من قيمته ليترفه بالاجل ويتجر ويؤدي الثمن فاعتبرنا الاجل من وقت
الاجازة رعاية لحقه وفي الماذون لو نفذنا من وقت وجوده يبطل حق من باعه ويتاخر الى ما بعد
العتق وكراهية التفريق ثبت حقا للشرع وللصغير فلو نفذ من وقت العقد يبطل حق الشرع ويتضرر
الصغير هذا كما ذكر في الماذون المولى اذا باع الماذون المديون بغير رضى الغرما وضمنوا القيمة
ثم وجد المشتري بالعبد عيبا ورده بقضا كان له ان يرجع على الغرما بالقيمة ويكون حقهم في العبد
لزوال سبب الضمان وهو البيع والتسليم الا ترى ان الغاصب اذا باع وضمن القيمة ثم رد عليه
بعيب كان له ان يرد العبد على المالك ويرجع عليه بالقيمة ولو ان المولى باع العبد بشرط الخيار
وضمن القيمة ثم عاد الى ملكه بنقض البيع لا يسترد القيمة الا ترى ان الغاصب اذا باع بشرط
الخيار للمشتري وضمن ثم ان المشتري رد العبد عليه بالخيار او اجاز البيع سلمت القيمة لان الرد
بالخيار مقصور عليهما كذلك هنا وفي الوجه الثاني من القسم الاول وهو ما اذا كانت الجناية في يد
المشتري والخيار للبايع وهو على خياره لانه لم يوجد ما يبطل خياره والعبد بعد الجناية محل لابتدا
البيع ووجود العيب في يد البايع لا يبطل خياره فهذا اولى ولان حدوث العيب يوجب خيارا اخر غير خيار
الشرط فلا يبطل خيار الشرط فلو اختار البايع الاجازة لا يصير مختارا ولا مستهلكا لما قلنا ويكون العبد
لازما للمشتري ويخير بين الدفع والفدا لما قلنا وليس للمشتري ان يمتنع من قبول العبد بخلاف المسالة
الاولى لان ثمة العيب حدث في يد البايع وحدوث العيب في يد البايع يوجب الخيار للمشتري وهنا العيب
حصل في يد المشتري وضمانه فلا يوجب الخيار للمشتري وهنا العيب حصل في يد المشتري وضمانه فلا
يوجب الخيار له وان فسخ البايع عاد العبد الى ملكه ويخير بين الدفع والفدا واي ذلك فعل يرجع على
المشتري بالاقل من قيمته ومن الارش لان العبد كان في ضمانه كالعبد المغصوب اذا جنى جناية في يد
الغاصب ثم رده على مولاه يخير المالك بين الدفع والفدا وايهما اختار رجع على الغاصب بالاقل
لانه في الاقل مضطر وفي الزيادة مختار واما القسم الثاني وهو ما اذا كان البيع بشرط الخيار للمشتري
ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت الجناية في يد البايع بقي خيار المشتري على حاله لانه لم يوجد ما يبطل الخيار لان
حدوث العيب في يد البايع لا يسقط خيار الشرط فان حدوث خيار العيب مما لا يمنع ثبوت خيار الشرط حتى

حتى لو اشترى عبدا فوجد به عيبا ثم خيره البايع ثلاثة ايام ثبت خيار الشرط مع خيار العيب حتى اذا زال
العيب في مدة الخيار يمكنه الفسخ بخيار الشرط فاذا بقي المشتري على خياره فان شاء اخذه بجميع الثمن
وان شا فسخ فان اخذه بالثمن تبين ان عبده جنى جناية موجبة للمال فيخير بين الدفع والفدا لانه ملكه
من وقت العقد لما قلنا وان اختار الترك يخير البايع بين الدفع والفدا لانه عاد ملكه فسخا وكان العبد
في ضمانه حين جنى فصار كانه لم يخرج عن ملكه ولا يصير المشتري بالترك مختارا للفدا لانه لم يوجد منه
تمليك مبتدا الان الرد بخيار الشرط والعيب قبل القبض لا يبطل حق ولي الجناية لانه فسخ من كل وجه فيعود العبد
الى قديم ملكه فيعود مع الجناية كالعبد الجاني اذا اسر ثم اخذه المالك القديم يعود الى ملكه مع الجناية وكذا
الموقوف اذا باع العبد الجاني او وهب وهو لا يعلم بالجناية ثم رد عليه بما هو فسخ او رجع الواهب يعود مع
الجناية وهذا على قول ابي حنيفة ظاهر لانه لم يدخل في ملكه بعد فلا يكون الرد في معنى البيع اما على
قولهما ينبغي ان يصير مختارا لانه دخل في ملك المشتري ثم خرج عن ملكه بالرد فينبغي ان يكون
في معنى البيع فيصير مختارا الا انا نقول انه ليس في معنى البيع لان البيع يعتمد التراضي وهنا
المشتري ينفرد بالرد مع ابا البايع ولانه مضطر فيه لانه قصد به دفع الضرر عن نفسه فلا يوصف
بكونه مختارا الا ترى ان في المسالة الاولى لا يكون البايع مختارا بالاجازة وان كان تمليكا مبتدا
لانه لم يزل العبد عن ملكه ولا يدخل في ملك المشتري كذلك هنا على انه ليس فيه معنى البيع عندهما
لانه فسخ البيع ضد البيع فكيف يكون في معناه وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت الجناية في يد المشتري
لا يقدر على رده بحكم الخيار لان الجناية عيب بحدوثه في يده يمنع الرد ويخير بين الدفع والفدا
فان دفع تاكد الثمن عليه وان فداه في الايام الثلاثة زال العيب عن العبد فكان له ان يرده كالعبد
اذا حم في يد المشتري في مدة الخيار ثم زالت الحمى قبل مضي المدة له ان يرده كذلك هنا ولو كان
البيع باتا لا خيار فيه لاحدهما فهو على ما وصفت لك ان جنى في يد البايع قبل القبض كان المشتري
بالخيار ان شاء قبض وان شاء فسخ العقد لتعيب المبيع في ضمان البايع فان فسخ له
يخير بين الدفع والفدا لان الرد قبل القبض فسخ في حق الكل وان قبض يخير المشتري بين الدفع
والفدا ويلزمه الثمن وان كانت الجناية في يد المشتري يخير المشتري بين الدفع والفدا
لانه ملكه على وجه التقرر رجل باع دارا على انه بالخيار ثلاثة ايام او على ان المشتري بالخيار او كان
البيع باتا لا خيار فيه لاحدهما فوجد في الدار قتيل فالدية على عاقلة الذي في يده الدار سلم
المبيع او لم يسلم عند ابي حنيفة وعندهما ان لم يكن في البيع خيار فهي على عاقلة المشتري وان كان
فيه خيار لاحدهما فهي على عاقلة الذي تصير الدار له وعند زفر ان كان الخيار للبايع فالقسامة عليه
وان كان للمشتري فالقسامة عليه كما قال في صدقة هما يقولان بان وجوب الدية على العاقلة بوجود
القتيل في الدار حق من حقوق الملك لانه انما يجب بحكم التقصير في الحفظ والمالك هو الذي يوصف
بذلك فان اختصاصه بها اقوى الا ترى انها تجب على المالك ولا تجب على غيره سوى كانت في يده
مضمونة بان كانت مغصوبة او امانة بالاجارة او الاعارة او الوديعة واذا ثبت انه حق من حقوق
الملك يجب على من هو له في البيع البات وعلى من تصير له في البيع بشرط الخيار وهذا لان هذا غرم الملك فيجب

على من لدغنم الملك وهو الشفعة وقد ذكرنا ان البيع بشرط الخيار اذا نفذ او انفسخ يستند الى وقت
العقد يجعل كانه ملك المشتري من وقت العقد او ملك البايع من ذلك الوقت لان المخير بين شيئين
اذا اختار احدهما يستند الى ذلك الوقت وصار كانه اختار في ذلك الوقت كما قلنا في صدقة الفطر
وزفر احتج بهذا ولان بوجود القتيل في الدار لا تصير الدار معيبة ولا توجب عيبا فيها فلا يعتبر فيه
الضمان لان الاصل ان ما لا يوثر في المضمون لا يكون الضمان على الضامن الا ترى ان صدقة الفطر في المرهون
على الراهن وجنايته على المرتهن لان الصدقة لا توثر فيه ولابي حنيفة ان النبي صلى الله عليه وسلم
اوجب القسامة والدية على اهل خيبر وقد كانوا سكانا وبهذا احتجوا في المعاملة فبظاهره يقتضي وجوب
الدية على عاقلة صاحب اليد الا ما قام الدليل والمعنى فيه وهو ان وجوب الدية على العاقلة ضمان الجناية
بعلة التقصير في الحفظ والجاني عاقلة ذي اليد بيانه وهو ان باليد وجب عليه حفظ هذه الدار عن القتل
شرعا وانما يجب ذلك بالتمكن من الحفظ والصيانة وانما يثبت التمكن باليد الحافظة لا بملك العين وهذا
لان القدرة باعتبار الاصل انما تكون باليد بحكم الاصالة ولذي اليد بحكم الاصالة فوجب عليه الحفظ فاذا
صار جانيا وصار كالقاتل ووجب على العاقلة حفظ عن جناية القتل فاذا لم يحفظ وجد منهم
الجناية فوجب عليهم الضمان ولا كذلك ما عدا من المسائل سوى الغصب والرهن لان اليد ثمة للمالك وهو
لا ينوب على المالك واما الغصب فكذلك في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان هذا اليد امانة واما
الرهن لا نحفظ فيه هذه رواية فنقول يجب على عاقلة المرتهن لان اليد للمرتهن ولهذا لو جنى العبد
المرهون جناية موجبة للمال كان قرار الضمان على المرتهن هكذا ذكر الصدر الصدر الشهيد وذكر شمس
الائمة السرخسي انه لا رواية في العارية والاجارة قلنا ان يقول يجب على المستاجر والمستعير ويد
المودع يد حكما فلهذا يجب على المودع ولان وجود القتيل في الدار توجب الضمان فوجب ان تكون على من
كانت في يده لان الجناية صاحب الضمان الا ترى ان العبد المغصوب اذا جنى يكون حاصل الضمان من كان
العبد في ضمانه وهذا على اصله مستقيم لان عنده صاحب الضمان بمنزلة صاحب الملك في حكم الجناية حتى جعل
جناية المغصوب على نفس الغاصب وماله هدرا وعلى نفس المالك وماله معتبرا ولان الملك معتبر والضمان
معتبر اما اعتبار الملك فلما ذكروا واما اعتبار الضمان بجناية المغصوب في يد الغاصب فنقول لو اعتبرنا
الملك يجب على المشتري ولو اعتبرنا اليد يجب على البايع لانه في يده وضمانه ويده معتبرة في الجنس حتى
يورث عنه والبايع اقرب فكان الايجاب عليه اولى لان الاصل في هذا القرب كما في الموجود
بين القريتين او نقول المعتبر في هذا الضمان النسبة بدليل صاحب الخط مع المشتري وبدليل الدار المشتركة
اذا كان نصيب احدهم اكثر والدار منسوبة الى البايع فيجب على عاقلته ثم عندهما اذا كان البيع باتا والدار في يد البايع حتى وجبت
الدية على عاقلة المشتري لم يذكر في الكتاب ان المشتري على الخيار ام لا وجب ان لا يخير لان وجود القتيل في
الدار ليس بعيب حل في الدار لا حقيقة ولا اعتبارا لان الدار لا تصير مستحقة لضمان الجناية بخلاف العبد اذا جنى في يد
البايع رجل اشترى من رجل عبدا بيعا صحيحا لا خيار فيه فلم يقبض حتى قتل قتيلين خطأ فعلم المشتري
باحدهما دون الاخر فرضيه وقبضه على ذلك ثم علم بالاخر فان شاء رضي ولزمه الثمن كله وان شاء نقض البيع لان
المشتري رضي بعيب واحد وقد ظهر انه كان به عيبان فكان له الخيار فان قيل بالجناية الثانية لا يزداد

لا يزداد العيب لانه لا يستحق بهما الا دفع العبد وقد رضي به قبل ان كان لا يزداد متى اختار الدفع يزداد
متى اختار الفدا فانه يلزمه ديتان واقدامه على شرا العبد يدل على تعلق مصلحته بالعبد فان دفع تفويت المصلحة
المتعلقة به وان فدى تلزمه زيادة مال ولان العيب ما يعده التجار عيبا وزيادة الجناية مما يعدونه عيبا فان
اختار العبد دفع كل الثمن كما لو تعيب في يد البايع بعيب اخر ورضي به ويخير بين دفع العبد الى الجانيين
او الفدا بديتين لان العتق في العبد لا في الدية لانها تجب في الذمة وهي متسعة بخلاف المدبر او ام
الولد اذا جنى جنايات فانه لا يجب على المولى الا قيمة واحدة وان كانت القيمة واجبة في الذمة
لان تلك القيمة وجبت بدلا عن المدبر لان الجنايات تعلقت برقبته والموجب الاصلي بجناية العبد
التعلق برقبته الا ان المولى بالتدبير او الاستيلاد صار مانعا الرقبة على وجه لا يصير مختارا للفدا لانه
ما كان عالما بالجناية قبل التدبير لصدوره قبل الجناية وهو لم يمنع الا رقبة واحدة فلا يجب عليه الا قيمة
واحدة لان الجناية لم تنعقد الا موجبة للقيمة لعدم محلية الدفع اما في العبد الجناية انعقدت
موجبة للدفع او الفدا والموجب الاصلي وان كان هو الدفع الا ان الشارع اثبت له ولاية الامساك
بشرط دفع الدية لان الاصل في المضمونات التقدير بالمتلف الا انه يحكم بعذر ايجاب البدل لعدم
صدور الجناية من المولى تتعلق برقبة العبد فاذا اختار امساك العبد صار امساك العبد صار
راضيا ببدل المتلف فيجب عليه الدية فورانه من المدبر ان لو اعتقه بعد الجناية ببيع او باعه وهو لا
يعلم انها لا تلزمه الا قيمة العبد لعدم الاختيار فان اختار النقض فهو على وجهين اما ان نقض
بقضا او بغير قضا ففي الوجه الاول يخير البايع بين الدفع والفدا ولا يصير هو مختارا للفدا لان
الرد بقضا القاضي فسخ العقد من الاصل والجناية كانت في ملكه وقد عاد اليه قديم ملكه فصار كان
البيع لم يكن وهو وان كان مختارا في الرد الا انه يدفع الضرر عن نفسه فكان بمنزلة المضطر الا ترى
انه لو باع عبد التجارة بعوض لغير التجارة حتى صار مستهلكا ضامنا لقدر الزكوة ثم وجد بالعوض
عيبا ورده بقضا واسترد العبد تسقط الزكوة عنه وتتعلق برقبة العبد وان كان مختارا في الرد
لانه يجيء بالرد حق نفسه ولانه وان ازاله عن ملكه لكن لم يبطل بهذه الازالة حق ولي الجناية فانه حقه
في احد شيئين وهو باق لانه يعود العبد الى ملك البايع ويتوجه عليه الخطاب باحدهما وفي الوجه الثاني يصير
المشتري مختار الفدا ويجب عليه ديتان لان الرد بالعيب بعد القبض بالتراضي بيع جديد في حق ثالث وولي
الجناية ثالث فاعتبر بيعا في حقه فصار كانه باع وهو عالم بالجنايتين فيصير مختارا للجنايتين كانتا في ملكه
وذكر في كتاب الزكوة اذا رد عبد التجارة بالعيب بعد الحول ضمن الزكاة سوا كان بقضا او بغير قضا وهنا فرق
والفرق ما ذكرنا ان حق ولي الجناية هنا لم يبطل بالرد على البايع بل يطالب البايع بموجب الجناية وثمة حق الفقرا
يبطل لانهم لا يتبعون البايع فصار مستهلكا حقهم هذا اذا علم المشتري بالجناية الثانية بعد القبض ولو لم
يقبض العبد حتى علم بالجناية الثانية كان له الخيار لانه لو علم بالجناية الثانية بعد القبض كان له الخيار فههنا
اولى فان نقض البيع بقضا او بغير قضا فهو سوى والدفع والفدا الى البايع لان الرد قبل القبض بقضا او
بغير قضا فسخ في حق الكل ولهذا لا يتجدد به حق الشفعة وينفرد الراد بالرد كما في خيار الشرط والروية استشهد
محمد فقال الا ترى انه لو اشترى عبدا ووجد به عيبا فرده على البايع بغير قضا القاضي فاراد البايع ان يرده

على البايع الاول فان كان المشترى الثانى لم يقبضه حتى رد عليه فللبايع ان يرده على بايعه ولو كان
المشترى قبضه فليس للبايع ان يرده على بايعه الاول فقد جعل الرد قبل القبض فسخا وبعده ابتدا تمليك والمعنى
فيه ان قبل القبض لا يمكن جعله تمليكا لان بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز من البايع وغيره بخلاف
ما بعده ولان البيع لم يتم قبل القبض فكان الرد بمنزلة الامتناع من التملك بخلاف ما بعد القبض الا ترى
انه لو اشترى عبدين احدهما ووجد بالاخر عيبا قبل قبضه فانه يقبضهما او يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة
قبل التمام ولو وجد بالمقبوض عيبا لا يرده وحده ايضا هو الصحيح بخلاف ما بعد قبضهما وان اختار
امضا العقد يخير بين الدفع والفدا ولا يرجع على البايع بشى لما ذكرنا وان قبض العبد قبل ان يعلم بالجناية
الثانية وفداه من الاولى ثم علم بالاخرى فهو بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء نقض لانه رضى بعيب
واحد وقد ظهر به عيبان والعبد بعد الفدا باق على ملكه فكان له الخيار فان اجاز المشترى
البيع يقال له ادفع نصف العبد بالجناية الثانية او افده بالدية لانه لما ظهرت الجناية الثانية ظهر
انه كان في عنق العبد جنايتان وان حق ولى الجناية الثانية في نصف العبد فيقال له ادفع نصف
العبد او افده بالدية كما قبل الدفع الى ولى الجناية الاولى فان قيل وجب ان يدفع جميع العبد لانه
حين ظهرت الجناية الثانية فجميع العبد فارغ عن الجناية الاولى فصار كانه وجدت الجناية
في هذه الحالة قيل له لا فراغ من حيث الاعتبار لان المولى لما اختار الفدا عن الجناية الاولى
صار كانه اشترى من ولى الجناية الاولى نصف العبد فقام في نصف العبد مقام ولى الجناية الاولى
فصار كان نصف العبد في يد ولى الجناية الاولى ولو كان كذلك لا يدفع الى الثانى الا نصف العبد
ولان حق ولى الجناية الثانية يتعلق برقبة العبد مع شغلها بحق ولى الجناية الاولى فلا يتعلق بكله
الا ان المولى لا يعلم ذلك فلا يزداد حق ولى الجناية الثانية بجهله ولا يرجع بشى من ذلك على البايع
لانه رضى بالعيبين وظهر هلاك نفسه وان كان ينقض البيع بحكم الجناية الثانية ورد العبد على البايع
بقضا يخير البايع بين الدفع الى ولى الجناية او الفدا بالدية لانه عاد اليه قديم ملكه ولا يرجع المشترى
على البايع بشى مما فدى به العبد لانه ظهر هلاك نفسه عن الجناية باختياره فلا يكون له حق الرجوع كما لو
اشترى عبدا مريضا فداواه حتى برا ثم وجد به عيبا قديما ورده على البايع لم يرجع عليه بشى كذلك هنا
هذا اذا اختار الفدا في الجناية الاولى ولو اختار الدفع ودفع العبد الى ولى الجناية الاولى ثم
علم بالجناية الثانية فقد لزم البيع كان الدفع بقضا او بغير قضا لانه علم بالعيب الثانى والعبد
زايل عن ملكه فيلزم البيع كما لو باعه ولا يخاصم البايع لا في الرد ولا في الرجوع بنقصان العيب
لانه تعذر الرد جا من جهته وهو الدفع الى ولى الجناية الاولى فصار كما لو باع او وهب ثم اطلع على
عيب بالمبيع الا انه يرجع على ولى الجناية الاولى ويسترد منه نصف العبد لانه ظهر ان حقه كان في نصف
لان وقت الدفع اليه كان في رقبته جنايتان وحقه كان في النصف فاذا اخذ منه النصف يخير
بين ان يدفع هذا النصف الى ولى الجناية الثانية وبين ان يفديه بالدية واى ذلك فعل لا يكون
له ان يخاصم البايع لا في الرد ولا في الرجوع بنقصان العيب اما اذا اختار الدفع
فلان جميع العبد زال عن ملكه وصار كانه باع ولا يرجع بالفدا لانه ظهر هلاك نفسه ولا يرجع بالنقصان اذا فدا

ذا عند علمائنا الثلاثة وقال زفر يرجع وهذه المسالة فرع المسالة اخرى وهى ما اذا باع نصف العبد
ثم علم بالعيب لم يكن له ان يخاصم البايع عند علمائنا الثلاثة لان الرد متعذر لتفريق الصفقة وهذا
التعذر جا من جهته فيمنع الرجوع بالنقصان كما لو باع الكل والدفع بمنزلة البيع لزواله عن ملكه وعند
زفر يرجع بنقصان العيب بحصة الذى لم يبع لانه لو باع الكل لا يرجع بشى ولو لم يبع فامتنع الرد
يرجع بجميع النقصان فاذا امتنع الرد فى النصف يرجع بحصة النصف اعتبارا للبعض بالكل وقد
ذكرناه ولو كان العبد جنى جناية ثالثة في يد البايع قبل البيع فهذا وما تقدم سوا لان موجب تلك
الجناية على البايع لانه ان باع مع العلم بالجناية صار مختارا للفدا وطهر العبد عن الجناية وان لم يعلم صار مستهلكا
ولزمه الاقل من قيمته ومن الارش لان الموجب الاصلى هو الدفع الا ان يختار الفدا نصا او دلالة ولم يوجد
شى من ذلك اذا لم يعلم بالجناية يوم البيع وقد تعذر دفعه حقيقة فيلزمه دفعه معنى بادا القيمة
كما في المدبر اذا كانت قيمته اقل ولا يخير بين دفع القيمة او الفدا لانه من جنس واحد فلا يفيد
التخيير فيلزمه اقلهما واى ذلك اختار فقد طهر العبد عن الجناية التى كانت قبل البيع فصار كانها لم تكن
بقيت الجنايتان بعد البيع فتكون هذه المسالة الاولى سوى رجل اشترى عبدا ولم يقبضه حتى قتل قتيلا
خطا ثم قبضه المشترى وهو لم يعلم بالجناية ثم قتل عبد المشترى اخر خطا ثم علم بالجناية الاولى ثم
اجتمعوا عند القاضى البايع والمشترى واوليا الجنايتين يقول القاضى للمشترى ان شئت
فدية العبد بالجناية الثانية ورده على البايع بالجناية الاولى وان شئت مسلم العبد وارجع عليه بنقصان
الجناية الاولى لان الجناية الثانية عيب لحدوثه عند المشترى يمنع الرد على البايع بعيب كان عنده وانما
يزول العيب الحادث بالفدا فان فدا طهر العبد عن الجناية فكان له ان يرده على البايع كما لو اشترى عبدا
وجارية فزوجها من العبد ثم وجد بها عيبا لم يكن له ان يردها لان النكاح فيهما عيب حادث فان
ابانها ولم يكن دخل بها كان له ان يردها لزوال العيب الحادث عنده ولم يجب المهر بهذا النكاح لان المولى
لا يستوجب على عبده دينا واذا رد العبد على البايع يخير البايع بين الدفع والفدا بالجناية الاولى لان
الجناية كانت في ضمانه وقد عاد اليه قديم ملكه ولو ابى ان يفديه يرجع بنقصان عيب الجناية الاولى
على البايع لان الرد امتنع لا لمعنى من جهته فيرجع بالنقصان كما لو مات في يده او تعيب بعيب
اخر فلو قال البايع لا ادفع النقصان ورد العبد على ليس له ذلك بخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشترى
ووجد به عيبا قديما واراد ان يرجع بالنقصان فقال البايع رد العبد على معيبا ولا ادفع النقصان كان
له ذلك وليس للمشترى ان يرجع عليه بالنقصان والفرق ان في عيب اخر سوى الجناية لا يتضرر المشترى
بالرد وحقه في الرد وانما امتنع لدفع الضرر عن البايع فاذا رضى البايع زال المانع فيرد اما هنا
المشترى يتضرر بالرد لانه لو رد يصير مختارا للفدا في الجنايتين لانه عقد جديد في حق الثالث
على ما مر فلا يجبر المشترى على الرد فان فعله المشترى باختياره يصير مختارا للجنايتين وعليه
ديتان لان هذا الرد غير داخل تحت اجبار القاضى لان القاضى لا يجبر المشترى على الرد ولا البايع على
القبول فكان مضافا الى تراضيهما وان كان بحضرة القاضى والرد بالعيب متى حصل بعد القبض بالتراضى
كان بيعا مستقبلا في حق الثالث وولى الجناية ثالث فصار في حقه كانه باع بعد الجنايتين

مع العلم بهما ولو ان المشتري دفع العبد بالجناية الثانية فقد اخرج العبد عن ملكه باختياره فبطل حقه
في الرد فيدفع اليهما جميعا ولا يرجع على البايع بشي لان الرد امتنع من جهته بفعل مضمون عليه وكذلك
ان فدا من الجنايتين والبايع غائب لا يرجع عليه بشي لانه ضمن متطوعا وازال العيب عن ملكه ولو كان
ولي الجناية الثانية غايبا فحضر البايع والمشتري فاختصما الى القاضي فانه يرجع عليه بنقصان العيب
ولا يرده عليه لانه تعيب عنده قال البايع انا اقبل العبد مع زيادة العيب فالقاضي لا يرده لما ذكرنا ولان فيه
ابطال حق ولي الجناية لانا لو جعلنا الرد بيعا يصير مختارا للفدا فيبطل حقهم عن رقبة العبد وان جعلناه فسخا
كان فيه تحويل وابطال لحقهم في نصف العبد لان حق ولي الجناية الثانية على المشتري فلا يجوز للقاضي
ان يحوله على البايع ولا ان يبطل حقهم عن عين العبد فيرجع بالنقصان ولو كان البايع غايبا وحضر
المشتري واوليا الجنايتين يخير القاضي المشتري بين الدفع اليهما او الفدا بديتين لان العبد على ملكه
ولاصحاب الجنايتين حق المطالبة واي ذلك فعل يرجع على البايع بشي لا بالفدا ولا بنقصان الجناية
الاولى اما اذا دفع فلانه ازال العبد عن ملكه باختياره صار كانه باع واما اذا فدى فلانه ظهر بهلاك نفسه
ولانه ظهر بهلاك نفسه ولان بعد الفدا ازال العيب عن العبد فلا يرجع بشي كما لو اشترى عبدا فوجد به عيبا
فقبل الرد زال العيب او داواه حتى برا بطل حق الرد والرجوع بالنقصان لزوال السبب كذلك هنا وكذلك
لو لم يجن عند المشتري لكن حدث عنده عيب اخر فهو بمنزلة الجناية عند المشتري في جميع ما وصفنا معناه
ان القاضي لا يرد وان رضي البايع لان البايع اذا لم يرض يجب على المشتري الدفع او الفدا فاذا رضي البايع فرضاه
على نفسه ان كان يجوز فلذلك لم يرد ويرجع بالنقصان ويخير المشتري بين الدفع والفدا ولو لم يجن العبد
عند البايع وقبضه المشتري فجنى جناية في يده ثم وجد المشتري به اصبعا زائدة يخير المشتري بين الدفع
والفدا فان فدية من الجناية يرده بالعيب لزوال العيب الحادث وان دفعه لم يرجع بشي لزوال العبد عن ملكه
باختياره فيبطل حق الرجوع بالنقصان كما لو باع ولم يذكر في الكتاب ان القاضي اذا بطل حق الرد للمشتري
بحدوث العيب في يده ثم زال العيب هل يعود حق الرد ام لا وذكر في البيوع رجل اشترى عبدا بشرط الخيار ولم
يره فحم عنده ذهبت الحمى عنه في الثلاث كان له ان يرده بخيار الروية والشرط لان الحمى عنده بمنزلة عيب حادث
وذلك غير مسقط لخياره وانما امتنع الرد لدفع الضرر عن البايع فاذا اقلعت الحمى عنه فقد زال معنى الضرر
فكان على خياره في الرد بخلاف ما اذا باع او اجر او رهن او كاتب ثم عجز العبد او فك الرهن لانه اوجب للغير
فيه حقا لازما وذلك يعجزه عن الرد لان الكتابة لازمة من جانب العبد وكذا لو كان البيع بشرط الخيار
للمشتري لانه لازم من جانب البايع واكتسابه ما يعجزه عن الرد مبطل لخياره كما لو كان دبره
بخلاف ما لو كان الخيار للبايع فهو المشتري الاول فنقض البيع كان له ان يرده لان خيار البايع
يمنع زواله عن ملكه فالبيع بهذه الصفة لا يعجزه عن الرد فلا يكون مسقطا لخياره وروى الحسن عن ابي
حنيفة انه يسقط خياره ايضا وقيل هو الاصح لان البيع بشرط الخيار للبايع اقوى في اسقاط الخيار
من العرض على البيع وبالعرض يسقط خياره وجه ظاهر الرواية ان البيع تصرف من جهة القبول فاذا
كان لا يعجزه عن الرد لا يكون اسقاط الخيار حكما ولكنه بمنزلة اسقاط خيار الروية بالقول
وذلك لا يصح قبل الروية فكذا البيع بشرط الخيار ولو اشهد على نقض البيع في الثلاث بحضرة البايع والعبد

والعبد محموم ثم ذهبت الحمى قبل مضي الثلث ولم يحدث ردا حتى مضت الايام الثلاثة كان له ان يرده بذلك
الرد لان نقض البيع بحضرة البايع صحيح في حقه وانما امتنع ثبوت حكمه في حق البايع لدفع الضرر عنه
فاذا ذهبت الحمى قبل مضي الثلاث فقد انعدم معنى الضرر فيتم الفسخ في حق البايع ايضا وهذا
لان الحمى حين ذهبت مع بقاء مدة الخيار يجعل المشتري كالمجدد للفسخ في هذه الحالة لانه مصر على الفسخ
الذي كان منه تجدد بعد زوال المانع ولو مكث به الحمى عشرة ايام ليس له ان يرد بذلك الرد ولا بغيره لان
مدة الخيار ذهبت والمانع قائم فبطل حكم الرد لاستغراق المانع جميع المدة ولانه حين اقلعت الحمى عنه
يصير كالمجدد للفسخ وهو لا يملك الرد بعد مضي مدة الخيار ولو خاصم في الثلاث الى القاضي فرده
المشتري وابى البايع ان يقبله وهو محموم فان القاضي يجيز البيع ويبطل الرد لانه يرده لدفع الضرر
عن نفسه لا لالحاق الضرر بالبايع فاذا ادى الى ذلك ابطل القاضي رده فان صح العبد في الثلاث
لم يكن له ان يرده لان الزام القاضي اياه اقوى في البراءة من التزامه واسقاط الخيار ولو اسقط خياره
لم يكن له ان يرده بعد ذلك فاذا الزمه القاضي اولى وكذلك هذا في خيار الروية لان قضى القاضي
ببطلان رده مسقط لخياره حكما وذلك عامل قبل الروية وهذا بخلاف الرجوع في الهبة فان
الموهوب اذا بنى في الدار الموهوبة ثم رجع الواهب فابطل القاضي رجوعه ثم رفع الموهوب له
بناه كان للواهب ان يرجع فيها لان حق الواهب في الرجوع لا يحتمل الاسقاط حتى لو اسقطه بنفسه
كان اسقاطه باطلا والقاضي انما يمنع رجوعه بقضائه لاجل البنا لا ان يسقط حقه في الرجوع فاذا ازال
المانع كان ان يرجع وهنا القاضي يسقط خياره لانه محتمل للسقوط وبعد ما سقط بالقضا لا يتمكن
من الرد بحكم ولو اشهد على رده في الثلاث بحضرة البايع وهو صحيح ثم حم قبل ان يقبضه البايع ثم
اقلعت عنه الحمى وعاد الى الصحة في الثلاث او بعدها فهو لازم للبايع ولا خيار له فيه لان المشتري
فسخ البيع وهو صحيح فعاد بفسخه الى ملك البايع ثم بحدوث العيب في ضمان المشتري يثبت
للبايع الخيار فاذا اقلعت الحمى فقد زال ذلك العيب وسقط ما كان الخيار للبايع كما لو حدث بالمبيع
عيب في يد البايع ثم زال قبل ان يقبضه المشتري كان لازما للمشتري ولا خيار له فهذا مثله وكذلك
خيار الروية ولو خاصم والحمى به بطل القاضي الرد والزم المشتري العبد فليس له ان يرده بعد ذلك
لان ذلك الفسخ بطل بقضى القاضي بمنزلة البيع اذا ابطله القاضي للعيب الحادث عند البايع ثم زال
العيب باب من البيع بشي من الكيل والدراهم مما يحدث فيه مثله قبل القبض
اصل الباب ان الربا في اللغة عبارة عن مطلق الزيادة ومنه سمي المكان المرتفع من الارض ربا ولا
ولاختصاصه بالزيادة وفي الشريعة عبارة عن زيادة مال مشروط في عقد المعاوضة خال عن
العوض فاما الزيادة الحاصلة بعد العقد قبل القبض لا يكون ربا لان الربا اما ان يكون عبارة
عن عقد مشتمل على الفضل الخالي كما ذكر تعالى في حكاية عن الكفار ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا
اعتقدوا المماثلة بين البيع والربا والبيع فعل ولا مماثلة بين العين والفعل فكان المراد البيع المشتمل
على الربا وهو الزيادة والزيادة غير موجودة عند العقد فلم يكن البيع مشتملا على الربا فلا يحرم او عبارة
عن العين ومعناه البيع الذي فيه فضل خال عن العوض من حيث المالية فتلك الزيادة الخالية

عن العوض حرام فكذا البيع الذي فيه زيادة مال مشروط في العقد وجب ان يكون حراما لما تلتهما
في الفضل الخالي حقيقة وهذه الزيادة ايضا غير موجودة عند العقد فلا يكون الربا موجودا عند العقد
فلا يفسد ولكن لها شبه بالمبيع من حيث ان للقبض شبها بالعقد لانه يفيد ملك اليد والتصرف
كما ان اصل العقد يفيد ملك الذات فتتحقق شبهة المقابلة باعتبار القبض ولو لم يكن فيه شبهة المقابلة
اصلا كان طيبا له ولو كان مشروطا كان العقد فاسدا فقلنا بهما فقلنا بانه لا يفسد لانعدام المقابلة
حقيقة وقلنا بالحنث ووجوب التصدق اعتبارا لشبهة المقابلة ويقسم الثمن على قيمة الاصل والزيادة
يعتبر في الانقسام قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض لان المعتبر في حق كل واحد منهما
قيمته يوم دخل في ضمانه وصيرورته مقصودا بالتملك ودخل في ضمانه بالقبض والزيادة انما تصير
مقصودة بالتملك ودخل في ضمانه بالقبض وحرف اخر ان المتولد من المبيع مبيع كالمتولد من الرهن رهن
ومن المكاتبة مكاتبة ومن المدبرة مدبرة ومن ام الولد في حكم ام الولد اذا عرفنا هذا قال محمد رجل اشترى
ارضا فيها نخيل بكر ثم دخل فاثمرت في يد البايع كر امثل الثمن فان المشتري ياخذ الارض والنخيل والثمر
الحادث بكر التمر ولا يفسد العقد اما ياخذ الكل لانه اشترى الارض والنخيل فيملكهما بالعقد والثمن
الحادث متولد من المبيع وبما ملكهم فيكون مبيعا واما لا يفسد لانه ليس بربا لما ذكرنا اوان كان فهو ربا
ثبت في العقد حكما لا شرطا وفضلا فلا يوصف العقد بالفساد باعتباره بخلاف ما اذا كان التمر
موجودا يوم العقد لانه ربا وهذا لانه دخل في العقد مقصودا بالشرط لا تبعا الا ترى انه لو لم يشترط لا يدخل في
العقد فتحقق الربا فان قيل وجب ان يفسد العقد هنا ايضا لان الحادث بعد البيع قبل القبض كالموجود
لدى العقد الا ترى انه لو اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يفسد العقد كما لو كان خمرا لدى العقد
والذمي اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يفسد العقد كما لو كان لدى العقد والعيب الحادث قبل القبض
في اثبات الخيار للمشتري كالموجود لدى العقد والذمي اذا تزوج ذمية على خمر عينها ثم اسلما او اسلم احدهما
يجب مهر المثل عند ابي حنيفة كما لو كانا مسلمين وقت العقد الا ترى ان ما عقد الناس في ابتداء الاسلام من عقود
الربا قبل نزول اية التحريم فبعد نزول اية التحريم قبل القبض يحكم بالفساد كما لو كانت الاية نازلة وقت
قيل له انعقد العقد صحيحا لوجود شرائطه فلو فسد انما يفسد لمكان الربا ولا ربا هنا لانعدام الزيادة
المشروطة الا ترى انه لو اشترى عبدا قيمته الف درهم بالف درهم فقتل خطا كان للمشتري ان يختار
البيع ويتبع القاتل بالفي درهم ولا يفسد البيع بهذه الزيادة لانعدام الزيادة المشروطة والا ترى انه
لو كانت قيمة العبد الف درهم واختار المشتري اتباع الجاني بالف لا يفسد البيع وان صار دينا
بدين وهذا مما يوجب فساد البيع لو كان موجودا الذي البيع لانه غير مشروط في البيع ليكون بيع دين
بدين الا ترى ان الاباق المقارن يمنع جواز العقد والطارئ لا يفسده وجنون احد المتبايعين
قبل القبض او موته لا يمنع بقاء العقد واقترانه يمنع الانعقاد فبهذا ظهر ان العارض بعد
البيع قبل القبض لا يجعل كالموجود لدى العقد بخلاف العصير اذا تخمر قبل القبض
لانه ثمة لا يفسد لكن ثبت للمشتري حق الفسخ لانه تعذر عليه قبضه لان
القبض بحكم البيع يفيد ملك التصرف والمشتري ممنوع عنه الا ترى انه لو تخلل قبل

قبل القبض كان للمشتري ان ياخذه وبخلاف الذمي اذا اشترى خمرا ثم اسلم لان ثمة لا يفسد
العقد لكن تعذر القبض لما قلنا في العصير اذا تخمر وبخلاف حدوث العيب لان العبرة في العيب
لحالة القبض الا ترى ان العيب لو كان موجودا وقت العقد ثم زال قبل القبض لا يتخير المشتري
وبخلاف ما عقد الناس من عقود الربا قبل التحريم لان ما عقدوه ربا حقيقة الا انه كان مباحا فاذا
ورد التحريم قبل القبض اوجب الاسلام الرد لانه متى لم يرد واطلق لهم القبض كان قبض الربا حقيقة
وهو مامور بترك الربا ولانه يفيد ملك التصرف فكان في ذلك تتميم عقد الربا والمحرم انشاء عقد الربا
حرم تتميمه اما هنا ما عقدا من العقد في الابتداء لم يكن ربا فلا يكون القبض تتميم عقد الربا الا ترى ان المولى
مع المكاتب اذا تبايعا درهما بدرهمين لا يجوز وان كان المولى اجنبيا عن اكتساب المكاتب لكن لما كان
هذا ربا حقيقة وله في اكتساب المكاتب شبهة الملك لا يجوز بخلاف ما لو كاتبه على الف مؤجلة ثم صالحه
على خمسمائة معجلة جاز لانه ليس بربا حقيقة وان كان فيه شبهة الربا حتى لا يجوز بين الحرين فان
قيل اذا لم يتمكن الربا باعتبار البيع يتمكن باعتبار القبض كان له شبها بالعقد لانه يؤكد ملك الرقبة
ويفيد ملك التصرف قيل له نعم القبض له شبه بالبيع لكن ليس ببيع من كل وجه ولو كان بيعا من كل وجه
كانت الزيادة حراما ولو لم تكن كانت مباحة فقلنا بكراهة الزيادة على راس المال والتصدق بها عملا
بهما واذا جاز البيع واخذ الكل يقسم الثمن عليهم باعتبار قيمتهم لان هذه زيادة متولدة من المبيع ثم
فيكون مبيعا فاذا صار مقصودا بالقبض ياخذ قسطا من الثمن فيقسم الثمن عليها باعتبار القيمة كذلك
هنا الا ان ثمة يتخير المشتري لان الولادة عيب في الجارية بحدوثه في يد البايع يوجب الخيار حتى لو كانت دابة
يقسم الثمن عليهما ولا خيار له لان الولادة ليست بعيب فيها الا انه يعتبر في الانقسام الارض والنخيل يوم
العقد وقيمة الثمر يوم القبض ثم كيف يقسم على قياس قول ابي يوسف الاخر على ما روي عنه يقسم ارباعا
ان كانت قيمتهم على السوي لانه يجعل الثمر تابعا للنخيل خاصة فيقسم الثمن على الارض والنخيل اولا نصفين
لما كان قيمتهما يوم البيع سوي ثم ما اصاب النخيل يقسم بينهما وبين الثمر نصفين لما كان قيمتهما سوي
فتكون حصة التمر الحادث ربع الكر الذي هو ثمن وعلى قول ابي حنيفة على ما روي عنه محمد وهو قول محمد وابي
يوسف الاول يقسم اثلاثا لانهما يجعلان الثمر تابعا للنخيل والارض جميعا وجه قول ابي يوسف الاخر
ان الثمار تخرجها النخيل دون الارض فتكون زيادة فيها فيقسم الثمن على قيمة الارض والنخيل اولا
ثم حصة النخيل يقسم على قيمتهما وقيمة الثمر الحادث كما لو اشترى جاريتين فولدت احديهما
قبل القبض ثم قبضهن فانه يقسم الثمن على قيمة الجاريتين اولا ثم اصاب التي ولدت يقسم على قيمتها
وقيمة ولدها يوم قبض المشتري الولد لهذا المعنى ان الولد انفصل عنها فتكون زيادة فيها خاصة وجه
قولهما ان النخيل في هذا البيع من غير ذكر ولو هلكت قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن والبيع
لا تبع له فتكون الثمار الحادثة زيادة على الاصل بمنزلة ما اشترى جارية فولدت
بنتا قبل القبض ثم كبرت البنت وولدت ولدا يجعل الولد الثاني زيادة في الجارية
حتى يقسم الثمن على قيمتها وقيمة الولدين لان البنت تابعة في العقد فلا يكون ولدها
تابعا لها فهذا مثله والثمار في الصورة تخرجها النخيل وفي المعنى زيادة في الارض لان النخيل تشرب

بوروقها من الارض الا ترى ان بقوة الارض تزداد الثمار جودة فعرفنا انه من حيث المعنى الاصل
هو الارض للثمار والنخيل جميعا فلهذا انقسم الثمن على قيمة الكل قسمة واحدة اذا ثبت هذا فعند
ابي يوسف لما كانت القسمة ارباعا كان بمقابلة الثمر الحادث ربع الكل الثمن فيسلم له ربع الثمر الحادث
لان بازاه عوض فيتصدق بثلاثة ارباعه لانه لا عوض بازاه وانه ربح حصل في ضمان البايع فيلزمه
التصدق به وعندهما لما كانت القسمة اثلاثا كان بمقابلة الكل الحادث ثلث الكل الثمن فيتصدق بثلثي
الحادث ولو رد المشتري الارض على البايع بعيب فعلى قول ابي يوسف لا يجب على البايع التصدق
لان شرط طيب الربح عنده الضمان وانه حصل في ضمانه وعندهما الملك والضمان وقد انعدم الملك هنا
قال محمد لو اشترى جارية فلم يقبضها حتى زوجها ثم ماتت عند البايع فالمشتري بالخيار ان شاء
ترك البيع والمهر للبايع ويتصدق به لانه وان حصل في ضمانه لكن على ملك الغير بتصرفه وان شا اخذ المهر
بحصته من الثمن ويتصدق بالفضل لان مقدار الثمن يقابله عوض مثله وما زاد عليه خلا عن العوض وحصل
في ضمان الغير لو لم يقبض المشتري لكن البايع اكل الثمر الحادث يسقط عن المشتري حصته من الثمن
وهو الربع عند ابي يوسف والثلث عندهما لانه صار مقصودا باستهلاك البايع كما يصير مقصودا بالقبض
المشتري فيأخذ قسطا من الثمن وتعذر التضمين بالمثل لان المبيع مضمون في يد البايع بالثمن فلا يكون
مضمونا بالقيمة لان الشيء الواحد لا يكون مضمونا بضمانين مختلفين وعند الشافعي يضمن مثله اصله
البايع اذا قتل المبيع قبل القبض عندنا ينفسخ البيع ويسقط الثمن وعنده يخير المشتري فان اختار
امضا العقد يلزمه الثمن ويغرم البايع القيمة ولو قطع يد العبد عندنا يسقط نصف الثمن ويأخذه
بنصفه ان اختار وعنده لزم المشتري بالعقد قبل القبض والبايع في الجناية عليه كاجنبي آخر وباعتبار
اليد للبايع ثبت له حق الحبس ولهذا لا يخرج من ان يكون مضمونا عليه بالقيمة اذا جنى عليه كالمرهون اذا جنى
عليه المرتهن وحجتنا في ذلك ان المبيع مضمون بالثمن على البايع وضمان الثمن مع ضمان القيمة لا يجتمعان
وهذا لانه لو وجب بالجناية ضمان القيمة على البايع لزمه تسليمها بحكم العقد ولا يجوز العقد ولا يجوز
ان يجب على البايع القيمة في ذمته على وجه يلزمه تسليمها بحكم العقد لانه حينئذ يكون مبيعا والقيمة
لا يجوز ان يكون مبيعة في الذمة ولان المبيع في ضمان ملك البايع حتى لو هلك كان هلاكه على ملكه فينزل
ذلك منزلة المملوك له حقيقة في المنع من وجوب الضمان عليه بالجناية كما لو كانا في مجلس العقد
او كان البايع بالخيار فاذا لم يلزمه ضمان القيمة سقط عنه من الثمن حصة ما اتلف بجنايته لان
ذلك صار مقصودا بالتناول فيقابله حصته من الثمن وقد فات القبض المستحق فيه باستهلاك البايع
فينفسخ العقد فيه في ذلك القدر بخلاف الرهن لان المضمون على المرتهن المالية دون الرقبة والفوات
بالقتل ضمان الدم وانه غير مضمون عليه ولهذا يهلك على ملك الراهن حتى يكون الكفن عليه
فلا يكون ايجاب الضمان بمقابلة ذات واحد وهذا لان وجوب القيمة على المرتهن ليس بحكم
العقد بل بسبب الجناية الا ترى انه يبقى عليه وان انفسخ الرهن بقضا الدين بخلاف
جناية البايع لانه لو لزمه ضمان القيمة انما يلزمه بحكم البيع الا ترى انه لا يبقى بعد فسخ
العقد بالرد ولا يجوز استحقاق القيمة في الذمة بحكم البيع لما ذكرنا ولو ذهبت يد العبد بآفة

سماوية ان شا المشتري اخذ بجميع الثمن وان شا ترك عندنا لتغير المعقود عليه وعنده يجب على
البايع نصف القيمة لان المبيع في ضمانه قبل التسليم فلا فرق ان يفوت جزء منه بفعله او بغير
فعله كالمغصوب وكما لو اشترى عبدين فتلف احدهما قبل القبض بفعل البايع او بغير فعله ولكنا نقول الطرف
من العبد وصف الا ترى انه يدخل في البيع تبعا من غير ذكر ولا يجوز استثناؤه من العقد واسم العبد
لا يتغير بفواته وبقائه والبيع يلاقي العين والثمن يكون بمقابلة الاصل دون الوصف فاذا كان الفايت
وصفا قلنا ان فات بغير صنع احد فقد فات تبعا لا مقصودا بالحبس ويفسخ العقد فيه فيقابله
بعض الثمن لا محالة وهذا لان الثمن مقابل بالمبيع وانه حقه فاذا حبس المبدل سقط البدل كالمراة اذا ارتدت
او قبلت ابن زوجها بخلاف العبدين فكل واحد منهما يدخل في العقد مقصودا يوضحه ان الوصف لا يفرد بالعقد
فلا يفرد بضمان العقد ايضا والثابت ببقا البايع ضمان العقد فلا يظهر ذلك في الوصف اذا فات بغير
صنعه بخلاف المغصوب فانه مضمون بالتناول والوصف تفرد بالتناول فتفرد ايضا بضمان التناول وكذا
ان جنى البايع فسقوط حصته من الثمن هنا باعتبار تناوله وحبسه اياه والوصف تفرد به وان
قطع العبد يد نفسه فهو وما لو شلت سوا لان فعله بنفسه هدر فان قيل الثمن كيلي وهو من الربويات
والربوي اذا قوبل بالربوي من جنسه يعتبر فيه المثل لا القيمة كما لو اشترى جارية في عنقها طوق
فضة فيه الف درهم وقيمة الجارية الف درهم بالف وخمسمائة تكون الالف بمقابلة الطوق وخمسمائة
بمقابلة الجارية ولا يعتبر القيمة قيل له انما صرفنا الجنس الى مثله صيانة للعقد من الربا والفساد
لانه لو قوبل بهما ظهر الفضل الخالي عن العوض فصرفناه اليه تصحيحا للعقد وهنا العقد وقع صحيحا و
الحاجة الى الانقسام ولما وقعت الحاجة الى تقويم الارض والنخيل يقوم الكر ايضا تبعا وان كان لا
قيمة للكر عند ملاقاة الجنس وهذا لانه تعذر هنا صرف المثل الى المثل لانه تبقى الارض والنخل بلا ثمن
فاما ان يفسد العقد كما كان او يتغير حكم الاصل بالبيع وكل ذلك لا يجوز فاعتبرنا القيمة صيانة
عن لزوم المحظور والصيانة عن لزوم المحظور مقابلة المثل بالمثل واتفقا في الحكم من حيث العلة
وقد روى ابن سماعة عن محمد مسالة تشبه هذه المسالة من وجه وتخالفها من وجه فقال رجل
اشترى من رجل دجاجة بعشر بيضات فباضت عشر بيضات قبل القبض فالبيضات للمشتري
لانها ملكه فبعد ذلك ان كان الثمن عشر بيضات بعينها يطيب ذلك للمشتري ولا يتصدق بشي
لانعدام الربا وشبهته لانه يصير عند القبض كانه اشترى دجاجة وعشر بيضات بعشر بيضات
بعينها وانه جائز كما لو باع بيضة ببيضتين باعيانهما وان كان الثمن عشر بيضات بغير عينها
فانه يقسم قيمة البيض الثمن على قيمة الدجاجة والبيضات الحادثة ويتصدق بما زاد على حصة
البيضات لان الزيادة مثل ما ملك به الاصل والزيادة حصلت في ضمان الغير فلا يطيب له لان
البيضات اذا لم تصح فلا ان يجعل هذه البيضات ثمنا فيؤدي الى ان يملك الاصل بزيادة
تفرعت عنه ولان الربا يتمكن فيه اذا كان نسيئة لان الجنس بانفراده يحرم بحرمة النسا
وفي مسالتنا يتمكن على كل حال لان الثمن كيلي فيؤدي الى الزيادة وان كان معينا هذا اذا
اثمرت النخيل مرة واحدة وان كانت اثمرت مرتين واكل البايع اخذ المشتري الارض والنخيل بنصف

الثمن لان القيم لما استوت فحصة ما تناول البايع من الثمار نصف الثمن لمساواة قيمة الثمرتين بقيمة الارض
والنخيل وعند ابى يوسف ياخذهما بثلثى الثمن لان نصف الثمن بمقابلة الارض والنصف الذى بمقابلة
الثمر انقسم اثلاثا ثلثاه يسقط عن المشترى بتناول البايع الثمار مرتين وثلث النصف حصة النخل
تقرر على المشترى مع حصة الارض فياخذهما بثلثى الثمن وان كانت اثمرت ثلاث مرات فاكلها احد
الارض والنخيل بخمس الثمن وسقط عنه ثلاثة اخماس الثمن حصة الثمن ثلث مرات وعند ابى يوسف
ياخذهما بخمسة اثمان الثمن نصف الثمن حصة الارض وربع النصف الاخر حصة النخيل ويسقط
ثلاثة اثمان الثمن وان اثمرت اربع مرات ياخذهما بثلث الثمن يقسم على ستة اسهم حصة الارض
والنخل سهمان وعنده ياخذهما بثلاثة اخماس الثمن نصف الثمن حصة الارض وخمس النصف
الاخر حصة النخيل فذلك ستة اجزا من عشرة من جميع الثمن وان اثمرت خمس مرات ياخذهما
بسبع الثمن لان القسمة على الاسباع عندهما فتسقط حصة الثمار وهو خمسة اسباع الثمن واخذ
الارض والنخل بسبعى الثمن وعنده ياخذهما بسبعة اجزا من اثنى عشر جزا من الثمن حصة الارض
نصف الثمن وحصة النخيل سدس النصف الباقى وللمشترى فى جميع ذلك الخيار ان شا اخذ
الارض والنخيل وان شا فسخ البيع فيهما وهذا قول ابى يوسف ومحمد اما عند ابى حنيفة
لا خيار له قال شمس الايمة السرخسى وانما نص على الخلاف فى الولد الحادث قبل القبض اذا اتلفه
البايع ولا فرق بين الولد فى الشاه وبين الثمار لهما ان الزيادة الحادثة قبل القبض لما صارت
مقصودة بتناول البايع وكان لها حصة من الثمن التحقت بالموجود عند العقد ولو كانت موجودة
فاتلفها البايع يثبت الخيار للمشترى فيما بقى لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فكذلك هنا وابو
حنيفة يقول المشترى عند العقد رضى باخذ الارض والنخيل بجميع الثمن فهو ياخذهما ببعض الثمن
وثبوت الخيار لتمكن الخلل فى رضى المشترى فاذا علمنا تمام الرضى منه هنا فلا معنى لاثبات الخيار
لم يوضح ان هذه الزيادة لو هلكت من غير صنع البايع اخذ المشترى الارض والنخيل بجميع الثمن
ولا خيار له فلان ياخذ ببعض الثمن عند اتلاف البايع كان اولى بخلاف الموجود عند العقد
لا بهلاك الحادث بعده ولو لم ياكله البايع ولم ياخذه المشترى لكن اراد المشترى ان يقضى
الثمن من الكر الحادث قبل ان يقبضه ليس له ذلك وان قضى كان باطلا ولو اطلق البايع
بعد ذلك فهو على ما ذكرنا قبل القضا لان المشترى لو باع الثمر من البايع قبل القبض او
من غيره لا يجوز لانه بيع المبيع قبل القبض فان الثمر لانه متولد من المبيع وبيع المبيع
قبل القبض باطل وما لا يجوز بيعه لا يجوز القضا به لان القضا يقع بطريق المقاصة
فيكون مبادلة كالبيع مثاله ما ذكر فى البيوع رجل اقرض رجلا كر حنطة ثم اسلم المستقرض
الى المقرض فى كر حنطة على صفة كر القرض الى اجل معلوم ثم حل الاجل لا يصير
السلم قصاصا بالقرض تقاصا او لم يتقاصا لان دين السلم يصير قضا عن دين القرض
لانه اخر الدينين وبيع المسلم فيه قبل القبض من المسلم اليه ومن غيره لا يجوز فلذا القضا
به فان قيل هلا جعل البايع وكيلا عن المشترى اولا فى القبض منه ثم يجعل بقضا لنفسه

لنفسه كما لو وهب الدين من غير من عليه وسلطه على القبض يجوز ويجعل الموهوب له نائبا عن الو
الواهب فى القبض ثم يصير قابضا لنفسه وكما لو امر رجلا ان يطعم عنه من ظهاره فاطعم جاز
ويصير العقد نائبا عنه فى القبض اولا ثم يصير قابضا لنفسه قبله لا يملك لان القبض شبيها
بالعقد والواحد فى باب البيع لا يصلح عاقدا من الجانبين لانه يودى الى التضاد فانه يصير
مملكا ومتملكا للعين فى وقت واحد فكذا فيما له شبه به لانه يصير مملكا ومتملكا التصرف فى
وقت واحد بخلاف الهبة لان الواحد يصلح مملكا ومتملكا للعين فانه لو امره ان يهب هذا
لنفسه جاز وهذا لان الملك فى الهبة لا يثبت بنفس الهبة والقبض يرد على ملك الواهب اولا
لا محالة فلا يكون الواحد مملكا ومتملكا فى حالة واحدة ولان البايع بقبض المبيع يبرى نفسه
عن الضمان فكان عاملا لنفسه فى القبض فلا يصلح وكيلا عنه ولو قبض المشترى الكل ثم قضى
البايع الكر الحادث من الكر الثمن جاز لانه بالقبض التحق بسائر املاكه ولو باع منه او من غيره جاز
فكذا اذا قضى ويتصدق المشترى بفضل الذى قبض على حصته من الكر الثمن لانه لزمه التصدق
من هذا الثمر المقبوض بما زاد على حصته من الثمن وقد قضى بذلك دينا وجب عليه فصار مستهلكا
ما لزمه التصدق به على الفقرا فصار ضامنا كمن نذر ان يتصدق بماله على المساكين ثم قضى بذلك
المال دينا عليه فانه يلزمه التصدق بمثله كذلك هنا رجل اشترى ارضا فيها نخل باصلها وعليها
ثمر لا يدخل الثمر فى البيع الا بالشرط كما لو اشترى ارضا فيها زرع لا يدخل الزرع الا بالذكر والقياس
فى ثمر الشجر ان يدخل فى البيع من غير ذكر لانه متصل بالشجر وجزء منه خلقة والمركب يدخل وهو الشجر
فالذى هو متصل به وجزء منه اولى وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم من باع نخلا موبرا فثمرته للبايع
الا ان يشترط المبتاع ولانه للفصل وهو المقصود منه ويبقى بعد الفصل زمانا فكان اصلا من هذا
الوجه فيعتبر فيه العاقبة فلا يدخل الا بالذكر فاذا شرط حتى دخل فلم يقبض المشترى حتى جنى البايع
الثمر وذلك ينقص الثمر والنخيل وان شا المشترى اخذ ذلك ويبطل عنه حصة النقصان وان
شا ترك لان البايع اتلف بعض المبيع وعيب الباقى ولو حصل ذلك بفصل غيره او بافة سماوية
يخير فهنا اولى فتى اخذ طرح عنه حصة النقصان من الثمن لان البايع منه من المشترى
بعض المبيع فيمنع منه بعض الثمن وان لم ينقصها ذلك بان باع الثمر اوان الجذاذ جبر على قبضها
ولا خيار له لانه لم يتغير المبيع فلا يتخير المشترى وان قبض المشترى ثم وجد بالثمر
او بالنخل عيبا فله ان يرد المعيب خاصة لان العقد وان وجد جملة الا ان وقت القبض
الثمر منفصل عن النخل فانما دخل فى ضمانه بالقبض وقد قبضهما متفرقا فكانا بمنزلة شيين عند تمام العقد
فكان له ان يرد احدهما وهذا لان الرد نقض القبض فيعتبر حالة القبض ولو لم يجد البايع حتى قبض المشترى
النخيل والثمر ثم جذه ثم وجد باحدهما عيبا له ان يردهما وليس له ان يرد المعيب خاصة ان لم يحدث بالجذاذ
عيب لانها قبضهما جملة لان الثمر ما دام على النخيل مع النخيل كشى واحد لانه مركب فيها خلقة ومن اشترى شيئا
واحدا فوجد به عيبا ليس له ان يرد البعض بخلاف ما اذا جذ البايع لانه قبض متفرقا وهذا بخلاف ما لو اشترى خاتما فيه فص
فقبضه ثم نزع الفص وهو لا يضر باحدهما ثم وجد باحدهما عيبا له ان يرده بحصته من الثمن لان اتصال

الفص بالخاتم عارض فاذا ازال الصار كان لم يكن بخلاف الثمر لانه اتصال اصلي ولان في الخاتم الصفقة و
وقعت متفرقة فان البيع في الخاتم وقع صرفا فيشترط قبض بدله في المجلس وفي الفص لبس بصرف وان كان
الجناذ من المشتري بعد احدها وبنقصه ثم وجد باحدهما عيبا لا يقدر على الرد بالعيب ويرجع بنقصان
العيب الا ان يشا البايع اخذها مع النقصان لان المبيع تعيب في يد المشتري بفعله ولو تعيب بافة سماوية
لا يستطيع الرد لفوات شرطه فهذا احق ولكنه يرجع بنقصان العيب لانه لو تعذر الرد بفعل الاجنبي كان
له الرجوع بنقصان العيب لان المبيع قايم في ملك المشتري وان كان الرد بفعل الاجنبي كان له الرجوع
بنقصان العيب لان المبيع قائم في ملك المشتري وان كان الاجنبي يضمن قدر النقصان فاذا تعذر
بفعل المشتري وهو لا يضمن النقصان كان اولى وان شا البايع ان ياخذها كذلك لان تعذر الرد
كان لحق البايع فاذا ارضي زال التعذر ولا يقدر على الرجوع بنقصان العيب فان اكل البايع الثمر
ثم اثمرت بعد ذلك مرارا فالاصل في تخريج هذه المسالة ان قيمة الثمر الموجود اذا كان مثل قيمة
النخيل ومثل قيمة الارض يكون ثلث الثمن بمقابلة الثمن فيسقط عن المشتري باكل البايع الثمار
الموجوده ثلث الثمن لان الثمر الحادث بعد ذلك ليست بزيادة في الثمار الموجوده وهي مقصودة
لا تدخل في العقد الا بالذكر فتقسم القيمة اولا على قيمة النخيل وعلى قيمة الثمار الموجودة وقد
استوت القيم فتقسم اثلاثا ويسقط عن المشتري ثلثه واما ثلثا الثمن فهو حصة الارض والنخل
بمنزلة جميع الثمن في المسالة الاولى في حكم الانقسام على قيمتهما وقيمة ما اكل البايع من
الثمار الحادثة على ما خرجنا ولو اشترى شاة على ظهرها صوف فجز البايع او المشتري فهو بمنزلة
النخلة والثمر في جميع ما ذكرنا لان الصوف على الشاة مال ظاهر معلوم وقت الشرا كالثمر على النخل
فكانا سوا الا ان بينهما فرقا من وجه وهو ان الثمر لا يدخل تحت العقد الا بالشرط والصوف تدخل تحت
بيع الشاة من غير شرط وان كان كل واحد منهما مالا ظاهرا مجاورا للمبيع خلقة لان الثمر هي المقصود
عادة دون الشجرة لان الاشجار تمسك للثمار فلم يكن تابعا للشجر على الاطلاق بل يكون اصلا عرضا
تابعا قياما فجاز ان لا يدخل تحت البيع الا بالشرط وقد جا الحديث ايضا على ما ذكرنا والصوف لا
يكون هو المقصود من الشاة فكان تابعا للشاة من كل وجه فجاز ان يدخل تحت البيع وهذا لان
جهة الاصالة راجحة في الثمر ولهذا يجوز بيعه مقصودا وجهة الوصفية راجحة في الصوف حتى لا يجوز
بيعه مقصودا ولو اشترى شاة حاملا فولدت ولم ينقصها الولاده فقبضها المشتري ثم وجد
باحدهما عيبا رده بحصته لانه قبضهما متفرقا فان قبل الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب قيل له نعم
اذا كانت حادثة بعد القبض لانه لا حصة لها من الثمن فاذا رد الام تبقى الزيادة بلا ثمن اما الزيادة
الحادثة قبل القبض لها حصة من الثمن فاذا رد الام تبقى الزيادة بلا ثمن اما الزيادة الحادثة
قبل القبض لها حصة من الثمن فاذا رد الام تبقى الزيادة بما يخصها من الثمن فيجوز وان ولدت في
يد المشتري ثم وجد بالشاة عيبا رجع بالنقصان ولم ترد لان الزيادة الحادثة بعد القبض تمنع الرد
بالعيب ومتى تعذر الرد يرجع بنقصان العيب لان تعذر الرد كان لحق الشرع فلا يزول برضى البايع
وكذلك اللبن في الضرع يريد به اذا اشترى شاة في ضرعها لبن فحلب البايع او المشتري لبنها كان اللبن

اللبن بمنزلة الولد فرق بين الولد واللبن وبين الثمر والصوف فان الثمر والصوف اذا كانا موجودين وقت
البيع ثم جرى المشتري ثم وجد باحدهما عيبا كان له ان يردها على البايع والفرق ان الثمر والصوف كانت
مالا موجودا ظاهرا وقت البيع لم يحدث عن المبيع لا الاسم ولا المالية فكانا مبيعين بطريق الاصالة
او زيادة حادثة قبل القبض اما الولد واللبن لم يكن مالا ظاهرا وقت البيع والتسليم الا ترى انه
ليس بمبيع ولا مقدور التسليم ولا يعرف كون الولد واللبن موجودا وقت البيع الا بالانتفاخ
وانه يحتمل وانما يظهر وصف المالية على الاطلاق بالولادة والحلب والاسم ايضا يثبت للولد بالولادة
فان قبل الولادة لا تسمى شاة وبعد الولادة تسمى فيصيرها الاحادثا عند المشتري متولدا من المبيع
والزيادة المتولدة من المبيع بعد القبض تمنع الرد بالعيب الا ترى ان الولد واللبن لا يكونان
مضمونين على الغاصب بخلاف الصوف والثمر وان كانت النخلة اثمرت او خرج الصوف بعد
وقوع البيع كان بمنزلة اللبن والولد يريد به اذا اثمرت وخرج الصوف بعد وقوع البيع كان بمنزلة اللبن
والولد لان هذه زيادة حدثت بعد القبض فكان كاللبن والولد بل اولى لان اللبن والولد كانا موجودين
وقت البيع وان لم يكن المالية والاسم موجوده وهنا المالية والاصل حدث بعد القبض فالحاصل ان الزيادة
نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان غير متولدة من العين كالصبغ في الثوب والسمن والعسل
في السويق وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق والمراعاة حق المشتري فيما لية الزيادة المتصلة التي هي
متولدة من الاصل كالسمن وانجلا البياض ونبات السن لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لانه لا
معتبر بها في عقود المعاوضات الا ترى انها اذا احدثت قبل القبض لا يغير حكم انقسام الثمن بسببها
وقيل على قول ابي حنيفة وابي يوسف هذه الزيادة تمنع الرد بالعيب وعند محمد لا تمنع كما ذكرنا في
الصداق في الزكاة والنكاح واما الزيادة المتصلة فهو نوعان ايضا غير متولدة من الاصل كالكسب
والغلة فلا يمنع الرد بالعيب ولكنها تسلم للمشتري به ورد الاثر عن النبي صلى الله عليه وسلم في قوله الخراج
بالضمان ثم الكسب والغلة بدل المنفعة وسلامة المنفعة للمشتري لا تمنع رد الاصل بالعيب بجميع
الثمن فكذا سلامة بدل المنفعة واما الزيادة المنفصلة هي متولدة من الاصل كاللبن والثمار والولد
والعقد اذا وطيت الجارية بالشبهة او المهر والارش اذا جني عليها بعد ما قبضها المشتري يمنع رد الاصل
بالعيب عندنا وعند الشافعي لا يمنع لكن يرد الاصل بجميع الثمن وتسلم الزيادة له رضي البايع بالرد او لم
يرض لان هذه زيادة تملك بسبب ملك الاصل فلا يمنع رد الاصل بالعيب كالكسب والغلة وتاثيره انه
لا يقابل هذه الزيادة شي من الثمن لانها لم تكن موجودة لا عند العقد ولا عند القبض فكان جميع الثمن بمقابلة
الاصل الا ترى ان هذه الزيادة اذا هلكت من غير صنع احد كان له ان يرد الاصل بالعيب بجميع الثمن
فكذلك اذا كانت قائمة في يد المشتري او استهلكها المشتري او غيره والدليل عليه ان الزيادة الحادثة قبل القبض
وبه تبين ان هذه الزيادة غير مبيعة لان المبيع ما يقابله الثمن فلو صارت هذه الزيادة مبيعة لقابلها شي من
الثمن كما قلتم في الحادثة قبل القبض اذا قبضها المشتري مع الاصل والدليل عليه انه لا يرد هذه الزيادة ان
وجد بها عيبا ولو صارت مبيعة لثبت فيها حكم الرد بالعيب ويجوز فسخ سبب الملك في الاصل مع بقا الزيادة سالمة
للتملك كالموهوبة اذا ازدادت زيادة منفصلة ثم رجع الواهب فيها تبقى الزيادة سالمة للموهوب له ولانه

وجد سبب الرد ولا مانع من الرد فيرد لانه لو امتنع لامتنع لاجل الولد ولو امتنع لاجل الولد لا متنع
من حيث انه مبيع وانه ليس بمبيع لان المبيع ما اضيف اليه البيع ولم يوجد الاضافة اليه لكونه معدوما
وبيان ان المبيع ما ذكرنا لان المبيع ما ثبت فيه حكم البيع والحكم انما يثبت في محل وجدت العلة فيه
للازمة بين العلة والمعلول فوجود البيع في المحل ليس الا اضافته اليه من قبيل الاقوال كالطلاق ونحوه
ولانه لو كان مبيعا لا يفترق الحكم بين الهلاك والاستهلاك ولانه لو كان مبيعا كان مبيعا اصلا
او تبعا والاول باطل لانه لو كان اصلا لردها او ردهما بجميع الثمن والثاني باطل لانه لو كان مبيعا تبعا
لانفسخ البيع فيه تبعا لانفساخه في الام كالحادث قبل القبض والزيادة المتصلة وحجتنا في ذلك ان
ملك المشتري في هذه الزيادة ملك مبيع فلو رد الاصل بجميع الثمن لثبتت الزيادة مبيعا بلا ثمن
وانه ربا وبيانه انه لا سبب لملك الزيادة سوى التولد من الاصل وانما يسري اليها الملك الثابت في الاصل
والملك في الاصل ملك مبيع لان هذا الملك ثبت له بالشراء وما ثبت يبقى من غير دليل منفي حتى يقوم الدليل
المزيل لعليه انه باعتبار قيام ذلك الملك يملك التصرف في العقد بالاقالة وهذا لان الملك اثر المبيع فكل
محل ظهر فيه هذا الاثر صح وصفه بالوصف الماخوذ من السبب كالمقتول من ظهر فيه اثر الضرب لان
البيع لا يحل المحل حقيقة لانه قول والاقوال لا تحل الاعيان لكن اثره الشرعي يظهر في المحل فاذا ظهر الاثر
في المحل يكون مبيعا سواء اضيف اليه البيع او لم يضف لانه في المحل الذي اضيف اليه اصلا يكون اصلا
وفيما لم يضف اليه يكون تبعا كالاطراف واذا ثبت ان ملكه في الاصل ملك مبيع بذلك الملك يسري
الى الزيادة لان المتولد من غير شيء يكون بصفته كولد المكاتبة من غير السيد وولد ام الولد وبه فارق
الكسب والغلة لانه ملك بسبب مبتدا وما سرى اليه ملك الاصل الا ترى ان كسب المكاتب لا يثبت فيه حكم
الكتابة والغاصب اذا اجر المغصوب كان الاجر له والمعنى فيه ان الزيادة المتولدة متولدة من اصل هو مبيع
او بدل عن جزء وهو مبيع والكسب والغلة بدل المنافع ليست اجزاء الاصل انما هي شيء يحدث منه فاذا
ثبت ان هذه الزيادة في حكم المبيع قلنا ليس بمقابلتها شيء من الثمن لانها تبع محض والثمن بمقابلة
الاصل دون البيع كاطراف المبيع الا ان يصير مقصودا بالتناول فكذلك الزيادة قبل القبض وبقبضها مع
الاصل صارت مقصودة بالتناول فيقابلها شيء من الثمن ومن ضرورة ذلك استحقاق
صفة السلامة فيها فكان له ان يردها وقبل القبض لما لم يقابلها شيء لا يردها مقصودا ولكن
يردها تبعا لعدم صيرورتها مقصودة اقتضى ما في الباب انها لم تصر مبيعة لانعدام القبض لكن
انفسخ فيها ضرورة انه يؤدي الى الفسخ لا محالة فلا يفيد الابقاء لانه نعرض ان يصير له حصة من الثمن
بورود القبض عليها وهذه الحصة من ثمن الامام وقد انفسخ في كل ثمنها فيقتضي ذلك الانفساخ
في الولد عند القبض لان انفساخ العقد في احد البدلين يقتضي الانفساخ في البدل الاخر فقلنا
بالفسخ ابتداء اقتصارا للمسافة اما الحادث بعد القبض ليس بعرضية ان يصير له حصة من الثمن
فلا ضرورة الى فسخ العقد فيه ضرورة سقوط الثمن فيبقى مبيعا بلا ثمن ولان الحادث بعد القبض لم
تصر مقصودة بالتناول والقبض بحكم العقد فلا يقابلها الثمن فلا يردها ولا يرد الام دونها بجميع
الثمن لانها تبقى مبيعة سالمة للمشتري بغير عوض وانه ربا ولهذا لا يملك ردها وان رضي البائع لان تعذر

تعذر الرد لحق الشرع ولهذا يرجع بالنقصان فان باعها بعد العلم بالعيب لان الرد كان ممتنعا ولا
يقال قبل رد الاصل الزيادة تسلم للمشتري تبعا بلا ثمن فكذا بعده لان كون الثمن بمقابلة الاصل قبل الرد
يغني عن اعتبار الثمن بمقابلة البيع اما بعد رد الاصل انفسخ البيع فيه فلا يبقى الزيادة تبعا فصارت
مقصودة لا يقابلها ثمن ولهذا يرد الاصل بعد هلاك الزيادة لان المانع زيادة تبقى للمشتري مبيعا
بلا ثمن وقد انعدم ذلك بالهلاك لان الهالك كما لا يصح ابتداء العقد عليه لا يصح تغيير العقد بالنسبة
اليه فلا يصير اصلا بخلاف ما اذا استهلكها اجنبي لان سلامة البدل كسلامة الاصل وان كان المشتري
هو الذي استهلك فلانه حابس لها باستهلاكها اولانه استفاد البراءة عن الضمان بملكه فيها وذلك بمعنى
عوض سلم له بخلاف الموهوبة لان بعد الرجوع في الاصل الزيادة تبقى للموهوب له بغير عوض والاصل كان
سالما له موهوبا بغير عوض ولم يكن ذلك ربا فكذا الزيادة وهذا لان الربا انما يجري في المعاوضات
دون التبرعات قوله لا مانع من الرد لا نسلم وبيانه ما ذكرنا من الربا قوله المبيع ما اضيف اليه البيع بل المبيع
ما ثبت فيه حكم البيع وما ذكر من الاختصاص بالاضافة غير صحيح لان الاسباب الشرعية امارات على
احكامها ويجوز ان يكون اللفظ المضاف الى محل امارة لثبوت الحكم في محل اخر ونقول المبيع اصلا
ما اضيف اليه البيع اما تبعا فلا واما ما ذكر من التقسيم فنقول هو مبيع تبعا لكن اذا انفصل فلا يرد
تبعا لانعدام التبعية في الحال رجل اشترى جارية تساوي الفي درهم بالف درهم فقطع رجل يدها قبل
القبض فالمشتري بالخيار ان شاء امضى البيع واخذ الجارية ويتبع الجاني بالارش وان شاء ترك
ويتبع البائع الجاني بالارش اما الخيار فلان المبيع تعيب في يد البائع واذا اختار الاخذ ياخذ بجميع الثمن
لان اليد فاتت الى خلف ولو فاتت لا الى خلف بان سقطت بافة سماوية واختار اخذها بجميع الثمن فههنا
اولى واذا ادى الثمن واخذها يرجع على الجاني بالارش حالا لان الجناية على الرقيق فيما دون النفس يسلك
فيها مسلك الاموال المحضة على ما عرف فلو توى الارش على الجاني بان مات مفلسا توى من مال المشتري
عند ابي يوسف واختياره اتباع الجاني بمنزلة القبض لانه قبضه وغصب منه الجاني فلا يرجع المشتري
على البائع بشيء وهذا قول ابي حنيفة روى عنه الحسن بن زياد رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اختياره
ليس بقبض ويتوى الارش على البائع ويرجع المشتري على البائع بنصف الثمن وهو قول
ابي يوسف الاول ولم يذكر محمد في الجامع قول ابي يوسف الاول وانما ذكره في الصرف
من المبسوط فيمن اشترى قلب فضة بدينار ونقد الدينار ولم يقبض القلب حتى جاء انسان
واحرقه في المجلس فللمشتري الخيار لتغير المعقود عليه فان اختار امضاء العقد واتباع
المحرق بقيمة القلب من الذهب فان قبضه قبل ان يفارق المشتري البائع جاز لان قبض
بدل القلب في المجلس كقبض عينه ويتصدق بالفضل على الدينار ان كان لانه ربح حصل
لا على ضمانه وان يفترقا قبل ان يقبض القيمة بطل الصرف وعلى البائع رد الدينار وان
رواتباع المحرق بقيمة القلب في قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول رحمهما الله
ثم رجع وقال لا يبطل الصرف بافتراقهما بعد اختيار المشتري تضمين المحرق قبل
القبض منه وقول ابي حنيفة كقول ابي يوسف الاخر وعلى هذا الخلاف

اذا كان المبيع عبدا او جارية فقتله اجنبي خطا حتى وجبت قيمته على عاقلته واختار المشتري
امضا البيع واتباع العاقلة بالقيمة او القاتل ان لم يكن له عاقلة وتوى ما عليه عند ابي يوسف
الاخر يتوى من مال المشتري واختياره اتباع القاتل بمنزلة القبض وعند محمد وهو قول ابي
يوسف الاول يتوى من مال البايع فيبطل البيع وعلى هذا الخلاف اذا اسلم عينا في كر حنطة فا
فاستهلك رجل راس المال قبل التسليم واختار المسلم اليه تضمين المستهلك ثم فارق رب المسلم
قبل القبض بطل السلم في قول محمد ولم يبطل في قول ابي يوسف لمحمد ان المشتري لم يقبض
الارش ولا قبض وكيله وقبض المشتري المبيع انما يثبت باحد هذين الامرين ولم يوجد ولان فائدة
الاختيار قيام الارش مقام المبيع لا غير فيكون حكمه حكم المبيع فقدر ما وصل من المبيع او بدله الى
المشتري دخل في ضمانه وخرج من ضمان البايع وقدر ما لم يصل فهو في ضمان البايع الا ترى ان
المشتري لو صرح وقال ابرايتك عن ضمان المبيع لا يبرا فاذا لم يبرا بصريح الابرا فلان لا يبرا
باختيار التضمين كان اولى وهذا لان قبض بدل الصرف لا يكون الا بعين يصل اليه وكذلك قبض
المبيع اذا كان عينا وباختيار التضمين لا يصل اليه شي فلا يصير قابضا لان عين القلب والمبيع
لم يقبض وقيمته دين في ذمة المتلف ولا يتصور ان يكون قابضا لما في ذمة غيره وليس في اختياره
اكثر من ان تتوجه المطالبة على المتلف وهذه المطالبة نظير المطالبة التي تتوجه بالعقد على من
عامله فكما لا يصير قابضا هناك بتوجه المطالبة فكذلك هنا وصار هذا كما لو احال ببدل
الصرف على انسان في المجلس فقبل الحوالة لا يصير به قابضا وان توجهت له المطالبة على
المحال عليه وتحول بدل الصرف الى ذمته وروى ابن سماعة عن محمد مسالة تخالف قوله في
هذه المسالة قال لو كان الجاني عبدا واختار مولاه الدفع فمات القاطع قبل القبض ان
المشتري بالخيار ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا تركه ولم يقل يسقط حصته من الثمن
ففي هذه المسالة على قياس تلك المسالة ينبغي ان لا يسقط شي من الثمن ويكون هو بالخيار
ان شا اخذ بجميع الثمن وان شا ترك فيجوز ان يقول في المسالة روايتان ويجوز ان
يقال انما افترقا لاختلاف الوضع وجه تلك الرواية ان العبد قام مقام اليد والارش
ايضا قام مقام اليد فلو ذهبت اليد عند البايع بغير فعل لا يسقط عن المشتري شي
من الثمن فكذا الارش الذي قام مقامه وجه هذه الرواية ان الارش صار مباينا عن الشخص
وصار بمنزلة شيين مختلفين ولو اشترى شيين فهلك احدهما قبل القبض تسقط
حصته من الثمن ومن فرق قال في تلك لما مات العبد فاتت حصة اليد على كل حال بحيث
لا يتصور وصوله اليه فصار كفوات اليد وهنا بالتوى لا يسقط على كل حال لانه قدر على مال
الجاني فياخذ ذلك او يتبرع عنه انسان لان ذلك دين عليه فصار كان البايع عجز عن تسليم
بعض المعقود عليه فلذلك تسقط حصته من الثمن لابي يوسف ان المشتري بعد الجناية يخير بين امضا
البيع واتباع الجاني وبين نقض البيع واتباع البايع بالثمن ان كان نقده ثم اجمعنا على انه لو اختار
نقض البيع واتباع البايع بالثمن برئ الجاني عن حق المشتري براة بانه بحيث لا

لا يعود حق المشتري عليه ابدا اسوا سلم له الثمن من جهة البايع او لا فكذا اذا اختار امضا العقد واتباع الجاني بالارش
وجب ان يبرا البايع عن ضمان التسليم براة بانه لا يعود اليه ابدا اسلم له او توى وصار هذا كالغاصب مع
غاصب الغاصب اذا اختار المالك تضمين احدهما وقضى القاضي له بالضمان برئ الاخر براة بانه بحيث لا يعود
اليه حق المالك سلم له او توى كذلك هنا وبراة البايع عن ضمان التسليم براة بانه بحيث لا يعود اليه
حق المشتري ابدا لا يكون الا بقبض المشتري فصار اتباع المشتري الجاني قبضا للارش
من حيث الحكم فصار كانه قبض ثم توى هذا معنى ما قال في الكتاب واتباعه الجاني بمنزلة
القبض وقوله فائدة الاختيار قيام الارش مقام المبيع قلنا فائدته هنا وان يصير راضيا باستيلا
على المبيع لان كل متلف قابض للمتلف حقيقة بقضية الاستيلا الرافع عليه قبل الهلاك فصار
هذا بمنزلة قبضه حقيقة ولو قبضه حقيقة واختار المشتري اتباعه ثم توى الارش عليه
كان التوى على المشتري لرضاه بقبضه بدلا له الرضا بالاتباع فصار راضيا بقبضه ملزما
اياه الضمان باتلافه ولو كان امره بالقبض في الابتدا كان يتم عقد الصرف بقبضه ويدخل
المبيع في ضمانه فكذا اذا رضي بقبضه في الانتها بخلاف الحوالة فالمحتال عليه هناك
لم يقبض شيا حتى يجعل قبضه كقبض الطالب والاشكال على هذا ان على المشتري ان
يتصدق بالفضل ولو كان الطريق هذا لم يلزمه التصدق لان وجوب الضمان بالاتلاف
بعد القبض فيكون ربحا على ضمانه لكن ابو يوسف يقول انما يصير قبضه له باختياره تضمينه وذلك
بعد الاتلاف وبعد ما وجب التصدق بالفضل فلا يظهر في ابطال حق الفقرا مع ان باب
التصدق مبني على الاحتياط وهذا شي يقدره اعتبارا لاتمام قبضه فيظهر في حقه لا في حق
الفقرا ولان قيمة المبيع صارت دينا على المتلف ولا يتصور ان تكون قيمة المبيع دينا
للمشتري على الاجنبي الا بعد القبض فلا بد من ادراج القبض في هذا الاختيار بقرينة
انه لا يمكن ان يجعل ذمة المتلف قائمة مقام ذمة البايع في ايجاب ضمان المبيع فيها فان
قيمة المبيع لا تجب على البايع قبل القبض الا ترى انه لو اتلفه لا يلزمه قيمته على ما ذكرنا فعرفنا
انه وجب للمشتري ابتدا في ذمة المتلف ولا يكون ذلك الا بعد القبض بخلاف الحوالة لان
ذمة المحتال عليه هناك تقوم مقام ذمة المحيل فيما كان ثابتا فيه من بدل الصرف فلو لم
يتو الارش على الجاني وقبضه وهو دراهم تصدق بنصفها وهو خمسمائة ويسلم له النصف لان
اليد من الادمي نصفه وقيمتها الفي درهم فكان الواجب بالقطع الفا ونصفها وهو خمسمائة
راس ماله فيطيب ماله وخمسمائة ربح ما لم يضمن لانه حصل له بغير بدل وهو بمنزلة ما لو
اشترى عبدا بالف وقيمته الفان فقتله رجل في يد البايع واختار المشتري امضا البيع
ورجع على القاتل بالفي درهم فانه يسلم له الف ويتصدق بالف وعند الشافعي رضي الله عنه لا يتصدق
بشي وكذا التمرتاشي في مسالة اول الباب عنده لا يلزمه التصدق لان حكم الربا عنده انما يثبت باعتبار
الشرط في العقد فاذا لم يكن مشروطا في العقد لا يتمكن باعتبار الربا والمشتري انما يعطي الثمن
بمقابلة العبد لا بمقابلة القيمة وانما يستوفي القيمة باعتبار انه بدل ملكه فهو

كما لو قتل بعد قبضه لكنا نقول هذا ربح حصل في ضمان غيره وقد نهى النبي صلى الله عليه
وسلم عن ربح ما لم يضمن ولان القبض شبيها بالعقد على ما ذكرنا وان اختار المشتري فسخ العقد
فان البائع يتبع الجاني بنصف القيمة ايضا لان العقد انفسخ برد المشتري من الاصل
فتبقى جناية القاطع على ملك البائع فيرجع عليه بنصف القيمة ويتصدق ايضا بما زاد
من نصف القيمة على نصف الثمن لان الجناية حصلت لا على ملك البائع وان كان باعتبار المال
يحصل كالحاصل على ملكه وتاثير الملك في سلامة الربح اكثر من تاثير الضمان فاذا كان يلزمه
التصدق بالربح الحاصل على ملكه دون ضمانه فلان يلزمه بالربح الحاصل لا على ملكه اولى وان كان
المشتري قبض من الجاني الدنانير لم يتصدق بشي لان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس
لان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس لان الربح ما يملك بغير بدل وهذا لا يتحقق عند
اختلاف الجنس لان خمسمائة درهم يجوز ان تكون بدلا عن خمسمائة دينار فاما اذا اتحد الجنس يتحقق
الربح لان خمسمائة من الدراهم لا تصح بدلا عن درهم بحال وانما تصح بدلا عن خمسمائة درهم فكان
ما زاد على خمسمائة مملوكا بغير بدل فيكون ربحا هذا كما قال في الرهن اذا رهن عبدا قيمته الف بالف
فنقص سعره ورجعت قيمته الى مائة فقتله رجل وغرم قيمته مائة فان المرتهن يقبض المائة
بحقه ولا يرجع على الراهن بشي على الفكاك بجميع الدين لان في الفصل الاول استيفا الزائد على
المائة لا يتصور فكان ما زاد عليها تاويا في ضمان المرتهن فيسقط بقدره من الدين وفي
الفصل الثاني استيفا الالف من العبد ممكن فيبقى جميع الدين ببقائه والعبد قائم مقام
البدل فيجبر على الفكاك بجميع الدين كان الاول قائم ويراجع سعره وقبض المشتري القيمة
من الجاني بقضا او بغير قضا سوي يريد به ان يتصدق بالنصف في الوجه الاول ولا يتصدق
به في الوجه الثاني لانهما فعلا عين كان يفعله القاضي لو ترافعا اليه لانه كان للقاضي الخيار ان شاء
قضى بنصف القيمة دراهم وان شاء قضى بنصف القيمة دنانير لان الاشيا تقوم بها فكان
تعيينها بمنزلة تعيين القاضي فرق بين هذه المسالة وبينما اذا اشترى عبدا شرا فاسدا
وقبضه ثم تصرف وربح وغرم البائع قيمته دراهم فانه يتصدق بالارباح كلها سوا كان الربح
من جنس ما غرم للبائع او لم يكن من جنسه والفرق ان علة وجوب التصدق في مسالتنا
ربح ما لم يضمن وانه لا يتحقق الا في الجنس المتحد وعلة وجوب التصدق في البيع الفاسد كونه
للمال مستفادا بتصرف محضور فانه محضور عليه التصرف في المبيع بيعا فاسدا وهذا يشمل
الجنسين كما في الغصب ولو قبض نصف الارش دراهم لا يتصدق بشي حتى يقبض اكثر
من خمسمائة لان خمسمائة وهو نصف القيمة راس ماله ونصف القيمة وهو خمسمائة ربح و
والاصل ان المال متى اشتمل على الاصل والربح فما خرج يجعل من راس المال والباقي من الربح كمال
المضاربة حتى لو توى الباقي يكون التوى من الربح والجامع بينهما ان راس المال اصل والربح
تبع ولو قبض ما بقي يتصدق به لتعينه للربح ثم فرع محمد المسائل على قول يوسف فقال
لو اشترى شيئا من الجاني بما وجب عليه من المكيل او الموزون معينه او عرضا وقيمته

وقيمته اكثر مما وجب عليه لم يتصدق بشي لان المشتري ان اعتبر لا عن الدراهم لزمه التصدق بما زاد
على راس ماله لان المشتري يصير مستوفيا الف درهم بحكم المقاصة واستيفا المبدل كاستيفا البدل
ولو اعتبر بدلا عن الدنانير لم يلزمه التصدق لانه يصير مستوفيا الدنانير حكما للمقاصة فدار بين ان يتمكن
في الزيادة على راس المال خبث وبين ان لا يتمكن فلا يثبت الخبث بالشك ولان الخبث ينفى
ما امكن فكان الحمل على وجه ينتفي الخبث به اولى وكذا لو صالح على المكيل او الموزون من العروض لانه
بمنزلة الشرى بتلك القيمة ولان الشرا بما عليه والصلح بما عليه استبدال عن الجزء المحتبس عند
القطع فيجوز ولا يتصدق لان الفضل لا يتحقق بين ما اعطى وبين ما سلم له ولو ان القاضي قضى له
بنصف القيمة دنانير او اصطلحا على ذلك ثم اشترى بتلك الدنانير شيا بعينه من المكيل والموزون
وفيه فضل لا يلزمه التصدق ولان ثمة لما لم يجب التصدق مع احتمال تمكن الخبث فهنا اولى ولو
قضى القاضي ثم بنصف القيمة دراهم واصطلح عليها ثم اشترى بتلك الدراهم ما وصفنا فهو بمنزلة
قبض الدراهم فيتصدق بفضل نصف القيمة على نصف الثمن لان بهذا الشرا وجب عليه الف درهم
ووقعت المقاصة بين هذا وبينما وجب على الجاني وصار هو قابضا الدراهم من الجاني بحكم المقاصة
ولو قبض حقيقة يتصدق فكذلك هنا ولو قضى له بنصف القيمة دراهم او دنانير واصطلحا
على ذلك فاشترى به كر حنطة موصوفة بغير عينها او صالحه على لم يجز وان قبضه قبل
الافتراق قال محمد رحمه الله لانه بمنزلة بيع ما ليس عنده ووجه ذلك ان القاضي لما قضى
بنصف القيمة دراهم او دنانير واصطلحا عليه فالحق انتقل من اليد الى الدراهم والدنانير
والمكيل والموزون متى قوبل بما هو ثمن من كل وجه كان مبيعا عينا كان او دينا في الذمة صحبه
حرف البا او لم يصحبه والدراهم والدنانير ثمن من كل وجه فكان المكيل والموزون مبيعا فصار
بايعا ما ليس عنده على وجه السلم وانه باطل سوا سلم البائع ما باع قبل ان يتفرقا او لم يسلم كما لو باع
الابق ثم سلم قبل الافتراق ولو ذكر شرائط السلم يجوز العقد لكن افترقا قبل راس المال بطل للافتراق
عن دين بدين ولو لم يقض بنصف القيمة ولا اصطلحا عليه حتى صالحه الجاني على كر وسط
فان قبض في المجلس جاز فان فارقه قبل القبض بطل الصلح فان قيل وجب ان لا يجوز
ولو قبض في المجلس لان الكر متى قوبل بما هو ثمن يصير مبيعا عينا كان او دينا وهنا قوبل
بما هو ثمن لانه وجب على الجاني بالقطع نصف القيمة دراهم او دنانير فكان الكر مبيعا فصار
بايعا ما ليس عنده لا على وجه السلم والدليل عليه انه لو لم يقض القاضي عليه بنصف القيمة
ولم يصطلحا حتى اشترى من الجاني كر حنطة وسط بما عليه لا يجوز وان وقع الكر قبل
الافتراق قيل له في الصلح لا يصير بايعا ما ليس عنده لا على وجه السلم وانما يصير مشتريا
لان الكر بغير عينه متى قوبل بما ليس بثمن ودخل على الكر حرف البا او ما يقوم مقامه يكون ثمنا
كما لو قال بعتك هذا الثوب بكر حنطة وسط ومتى قوبل بما هو ثمن يكون مبيعا وهنا قوبل
بما ليس بثمن لان حق المولى في العين قبل قضى القاضي بالقيمة او الصلح لان الجناية على طرف الرقيق
يسلك بها مسلك الجناية على المال ولهذا وجب في مال الجاني حالا كضمان الغصب والاستهلاك

فى الاموال وفى الاستهلاك الحق لا ينتقل عن العين بنفس الاستهلاك مالم يتصل به قضا
القاضى اذا امكن استناد الضمان الحالة يجوز الاعتياض عن العين ولهذا قال ابو حنيفة
رحمه الله لو صالح المغصوب منه مع الغاصب بعد ما هلك المغصوب على اضعاف قيمته جاز
واعتبر الحق قائما فى العين وان وقع الياس عن رده لان ضمان الغصب يستند الى وقت الغصب
ووقت الغصب العين قائم فجعل ما اخذ بدلا عن العين وهنا لان عين العبد مما يجب دينا فى
الذمة فى معاوضة المال بغير المال فيجب ايضا هنا فيعتبر حق المشترى فى اليد قائما وقت القضا
لان الضمان يستند الى اول جزء من اجزا الجناية وفى ذلك الوقت كان اليد قائما فيعتبر حق المشترى
لا فى القيمة واما دخل عليه ما يقوم مقام حرف البا لانه دخل عليه كلمة على وانها للمعاوضة فى الصلح
فصار مشتريا ما ليس عنده وشرا ما ليس عند الانسان جائز اذا حصل الافتراق عن عين بدين
واما استهلكه الجانى ليس بقائم فيكون فى معنى الدين فان قبض الطعام فى المجلس جاز لانهما
افترقا عن عين بدين وان افترقا قبل قبضه لا يجوز لانهما افترقا عن دين بدين بخلاف الشرا
لان فى الشرا الكر مقابل بما ليس بثمن ولم يدخل عليه حرف البا ولا ما قام مقامه فيكون مبيعا فصار
الجانى بايعا ما ليس عنده لا على وجه السلم الا ترى انه لو قال بعت منك هذا العبد بكر حنطة موصوفة
جاز البيع لانه ثمن ولو قال اشتريت منك حنطة موصوفة بهذا العبد لم يجز لانه مبيع ولان الواجب
عليه مال يقوم الفائت الا ان القاضى يقضى بالدراهم والدنانير لا ختلفت الثمنية وقيم
الاشيا او الا انها ايسر الاموال وجودا فلما اصطلحا على شى من الكيلى والوزنى جعل كانه هو الواجب
من الابتدا وحكى عن الامام ابى عبد الله الخير اخرعانه كان يقول لا يتهيا لابى يوسف الفرق بين هذه
المسالة وبين الغصب الا ان يجعل هنا رجوعا منه الى قول ابى حنيفة فى مسالة الغصب
ولو باع الجانى بما عليه كرا وسطا اجلا او لم يسم فهو فاسد لان الكر هنا مبيع لانه لم يدخل
عليه حرف البا ولا يقوم مقامه وان قابله مبيع فيكون الكر مبيعا وقد باع ما ليس عنده
لا على وجه السلم ان لم يذكر اجلا وان ذكر اجلا فراس المال دين والدين لا يصلح راس مال
السلم ولو اشترى بما وجب عليه عوضا بغير عينه او اصطلحا على عوض بغير عينه
لا يجوز لان العرض لا يثبت فى الذمة الا سلما وكذا الحيوان اذا كان بغير عينه لا يجوز
لان العرض لا يثبت فى الذمة فى مقابلة المال بالمال وهذا كله تفريع على قول ابى يوسف رحمه
الله لان عنده بنفس الابتاع يصير قابضا ما على الجانى فصار فى الصلح على كر حنطة وسط
بايعا المبيع بعد القبض وانه جائز اما على قول محمد رحمه الله لا يجوز الا اخذ القيمة دراهم او
دنانير لانه لا يصير قابضا بنفس الايقاع فيكون استبدالا بالمبيع قبل القبض وانه لا يجوز فى صلح
المبسوط اذا ادعى عبدا فى يد رجل ثم صالحه منه على دراهم او دنانير موجلة والعبد قائم او هالك
فهو جائز لانه ان كان قائما فهو بيع العبد بثمن موجل فى زعم المدعى وان كان هالكا قالوا
فالواجب هو القيمة والقيمة دراهم او دنانير فهذا تاجيل فى بدل المغصوب وانه جائز وان صالحه على
طعام موجل جاز ان كان العبد قائما بعينه لان الطعام متى كان دينا بمقابلة العبد يكون ثمنا ولم

تنبيه الامر بخاري انتهى

ولم يجز ان كان هالكا اما عند فظاهر لان الواجب هو القيمة فيكون بايعا ما ليس عنده لان
الطعام اذا قوبل بالدراهم والدنانير كان مبيعا وعند ابى حنيفة ما يقع الصلح عليه يكون بدلا
عن العبد لما عرف فى الصلح على اضعاف قيمته لكن العبد الهالك فى معنى الدين لان مالا يمكن الوقوف
على عينه فهو دين فيكون دينا بدين فلهذا كان فاسدا ولو لم يكن فيه اجل جاز ان كان بعينه او بغير
عينه فدفعه اليه قبل ان يتفرقا لانهما افترقا عن عين بدين وهو دليل لابى حنيفة عليهما فانه لو كان
ما يقع عليه الصلح بدلا عن القيمة لم يجز وان قبض فى المجلس اذا كان دينا عند العقد لانه بيع
ما ليس عند الانسان وان فارقه قبل ان يقبضه ولم يكن بعينه والعبد هالك بطل لانهما افترقا
عن دين بدين وكذلك ان صالحه عن ثياب والعبد هالك لم يجز لانه دين بدين باب
اختلاف البينات فى البيع اصل الباب ان الاثنين متى تنازعا فى عين واحدة فادعى كل
واحد منهما انه اشتراها من صاحبه او ادعى كل واحد منهما انه باع من صاحبه واقاما البينة ولم
يورخا تهاترت البينات ولا يقضى لاحدهما عند ابى حنيفة وابى يوسف سوا كان العين
فى يد احدهما او فى يد ثالث وسوا شهد الشهود بالعقد والقبض جميعا او شهد بالعقد والقبض
جميعا او شهد بالعقد دون القبض وسوا كان الثمنان على السوا او احدهما انقص من الاخر غير ان
العين اذا كانت فى يد احدهما تترك فى يده قضا ترك وان كانت فى يد ثالث ففيه روايتان ذكر
فى باب الاختلاف فى البيوع قبل هذا انه يقضى بالعين بين المدعيين نصفان وذكر فى هذا
الباب انه يترك فى يد ذى اليد قضا ترك وقد ذكرنا ان ما ذكر ثمة جواب القياس وما ذكر هنا جواب
الاستحسان وقد ذكر وجه الروايتين ثم وهذا كله مذهب ابى حنيفة وابى يوسف اما عند
محمد تقبل البينتان جميعا ويقضى بالعقد غير انهم شهدوا بالعقد دون القبض والعين فى يد
احدهما يجعل القبض المعاين اول القبضين فيصير كان ذا اليد اشترى منه وقبض ثم باعه
من البايع ولم يسلم اليه فيومر ذو اليد بالتسليم اليه ويقضى لكل واحد منهما على صاحبه بما ادعى
من الثمن ويتقاصان ان كانا سوا وان كان احدهما اكثر يومر المدعا عليه بتسليم الزيادة و
ان شهدوا بالعقد والقبض جميعا يجعل القبض المعاين اخرهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا من ذى
اليد وقبض ثم باعه من ذى اليد وسلم اليه فيقضى به لذى اليد شرا من الخارج وهذا اذا لم يرد اعتبار القبض المعاين
اخر القبضين الحفسا بعض العقود واما اذا ادى الى افساد شى من العقود هل يجعل كذلك عن محمد فيه روايتان
ذكر فى اول هذا الباب انه يجعل وذكر فى اخره انه لا يجعل والصحيح ان فيه قياس واستحسان القياس ان يجعل وفى
الاستحسان لا يجعل هذا اذا كان العين فى يد احدهما وان كان فى يد ثالث فان كان الثمنان على السوا يقضى
بالعين بين المدعيين نصفان سوا شهدوا بالعقد دون القبض وشهدوا بالعقد وان كان احدهما انقص من
الاخر ان شهدوا بالعقد دون القبض يجوز ما ادعى كل واحد منهما من العقد فى نصفه ويبطل فى النصف وان شهدوا
بالعقد والقبض يقضى بالعقدين جميعا ويقدم بيع الذى ادعى انه باع باقل الثمنين ويرتب عليه بيع الذى ادعى
انه باع باكثرهما ويتقاصان بقدر المثل ويترادان الزيادة فيذكر حجتهم فى القضا بالبينتين او تهاترهما فيما اذا ادعيا الشرا
او العين فى يد احدهما لمحمد ان البينة حجة من حجج الشرع يجب العمل بها ما امكن كما فى الحجج الشرعية وقد

امكن العمل هنا لانا متى قدمنا شرا ذى اليد وجعلنا قبضه اولا يصح العقدان ومتى قدمنا شرا
الخارج لم يجز بيعه من ذى اليد لان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز لنهى النبى صلى الله عليه وسلم
عن ذلك وكل فريق شهد بشرا صحيح فالقضا بهما على الوجه الذى يصح العقدان اولى وهو كدار
في يد رجل اقام البينة انه باعها من فلان بالف درهم فى رمضان واقام فلان البينة انه
اشتراها منه فى شوال بخمسمائة درهم فهى له بخمسمائة لان القضا بالعقدين ممكن والعمل بالبينتين واجب
ولا يجوز الغا احدهما فيجعل كانه باعها فى رمضان بالف ثم باعها فى شوال بخمسمائة فيكون العقد الثانى
فاسخا للاول وكذا لو اقام فلان البينة انه وهبها له فى شوال على ان يعوضه خمسمائة وتقابضا لان
الهبة بشرط العوض بعد التقابض بمنزلة البيع اقصى ما فى الباب ان التاريخ ثمة ملفوظ به وهنا
لا الا انا هنا نجعل كالملفوظ عملا بالبينة الا ترى ان رجلا لو اقام البينة انه اقرض فلانا الف
درهم واقام فلان البينة انه ابراه عن الدين قضى بجعل الابرا متاخرا والقرض سابقا عملا بالبينة
كذلك هنا لهما انه لم يثبت سبق احد العقدين بعينه على الاخر فتبطل البينتان جميعا قياسا على
ما اذا ارخا بتاريخ واحد وقياسا على ما اذا ادعى كل واحد منهما انه اقر له صاحبه بذلك الا ترى ان كل
واحد منهما لو اقام البينة ان القاضى قضى له بهذه الدار على صاحبها انهما تترك فى يد ذى اليد وتتهاتر
البينتان وانما قلنا ذلك لان كل واحد من الشهود لم يذكر وقت الشرا اصلا واحدهما بالقضا بالسبق
ليس باولى من الاخر وما قاله محمد فذلك بمجرد ظاهر مع احتمال ان الامر بخلافه والظاهر لا يصلح حجة
للاستحقاق والقضا به بخلاف تلك المسالة لان ثمة الوقت مصرح به فى الشهادة فصلح حجة للقضا
وبخلاف الدين لان الابرا او القضا يترتب على الدين وهنا احد البيعين غير مترتب على الاخر ولانه لا فرق
فى الحقيقة لان الاصل فراغ الذمة بعد التعارض بقيت فارغة واليد دليل الملك فعند التعارض بقيت
كما كانت وهنا لان كل واحد منهما اثبت اقرار صاحبه بالملك له فكل مشترى مقر بالملك
لبايعه وكل بايع مقر بوقوع الملك للمشترى فيجعل هذا بمنزلة اقامة كل واحد منهما البينة على
اقرار صاحبه بالملك له الا ان محمدا فرق بينهما وقال ليس فى تقديم اقرار احدهما تصحيح اقرار
الاخر وان كان فليس احدهما بالتقديم باولى من الاخر بخلاف مسالتنا على ما ذكرنا وفرق ايضا
فى مسالتنا ومسالة القضى فقال فى مسالة الشرا اثبات الترتيب بين العقدين ممكن
باعتبار اليد لما ذكرنا ومثل هذا الترتيب فى القضا غير ممكن ولان الشرا يتاكد بالقبض ولهذا يستفاد
به ملك التصرف فى العقار عنده والمنقول فى ذلك سوا ولهذا لو اقام احدهما البينة على الشرا
والقبض والاخر اقام على الشرا ولم يذكر القبض وكان لاحدهما قبض معاين وليس للاخر
قبض او قبض مشهود به فصاحب القبض المعاين اولى وان كان القبض المشهود به اسبق
فيستقيم ان يجعل قبض ذى اليد صادرا عن عقده ويجعل ذلك دليل سبق عقده فاما القضا
لا يتاكد بالقبض بل هو متاكد بنفسه فيتحقق فيه المعارضة بين البينتين اذا عرفنا
هذا قال محمد دار فى يد رجل اقام رجل البينة انها داره اشتراها من الذى فى يده
بالف درهم واقام الذى فى يده البينة انها داره اشتراها من المدعى بالف درهم فهى

فهى للذى فى يده قضا ترك وبطلت البينتان وعند محمد هى للمدعى والالف قصاص لان سبق شرا
ذى اليد على شرا الخارج ثابت من حيث الحكم والاعتبار لان الشرا بين فى زمانين متصور
وكل فريق شهد على عقد صحيح معاين فى زمان معين لانهما لو عاينا فى زمان واحد لا يجوز
ولا يحل لهما ادا الشهادة الا انا بدانا بشرا ذى اليد لدلالة السبق فى حقه على ما ذكرنا ولان العقد المعاين
دليل السبق ولهذا جعل دلالة السبق فيما اذا ادعيا الشرا على ثالث ولا يقال لو قضينا بذلك لقضينا
بتاريخ لم يشهد به الشهود او بتاريخ مجهول لان السابق منهما ليس بمعلوم لانا نقول الشهود شهدوا
على بيعين صحيحين ولا يكونان صحيحين الا فى زمانين فيكون التاريخ مشهودا به ضرورة
وهذا معلوم ايضا لدلالة السبق فى احدهما وتقع المقاصة بين الثمنين اذا كان الجنس واحدا
وهما قالا لم يثبت سبق احدهما بعينه على الاخر فتهاترتا كما لو شهد كل فريق لمدعيه بالشرا فى الوقت
الذى شهد به الفريق الاخر وكما لو ادعى واحد منهما الاقرار على صاحبه انه اقر انه باع هذا العين منه وما
قاله محمد بمجرد ظاهر فلا يصلح للقضا على ما ذكرنا وهذا لان كل امرين ظهرا ولا نعرف سبق احدهما جعل
كانهما وقعا معا فلا يجوز اثبات التاريخ بينهما لانه قضا بما لم يشهد به الشهود ولم يدع المدعى
واذا وقع معا بطلا للمنافاة بينهما وانما يعتبر امكان العمل بالبينتين بما شهدوا به دون ما لم يشهدوا
به وهذا لان السبق بدلالة اليد دلالة الحال انما يستقيم فى حق صاحب اليد اذا كان صاحب اليد
هو الذى يدعى السبق كما فى دعوى الشرا من ثالث وهنا ينكر ذو اليد السبق وصاحبه ينكر شراه
اصلا فكيف يستقيم جعله حكما ولا مدعى له والدليل على ان القضا بشرا بينهما فى زمانين
باطل انا لو قضينا بسبب لا حكم له فى احدهما وذلك باطل لان السبب لا يدعى ولا يطلب لذاته
وانما يدعى لحكم القايم وكل واحد يدعى الحكم القايم وذلك ممتنع ولو قضينا لاحدهما بسبب
لا حكم له قضينا باطلا لانه قضا بغير دعوى واذا ثبت التهاتر عندهما انه لم يذكروا قبض الثمن يمضى
الامر وان ذكروا تقاصا ان كانا من جنس واحد وترادا ان كانا من جنسين هذا اذا شهدوا
بالشرا دون القبض اما اذا شهدوا بالشرا والقبض بان شهد شهود الخارج انه اشترى من ذى اليد
وقبض وشهد شهود ذى اليد انه اشترى من الخارج وقبض فعلى قولهما كذلك يترك فى يده
قضا ترك وعند محمد تقبل البينتان والبيعان جائزان والالف بالالف قصاص لان القبض
المعاين يجعل اخر القبضين تصحيحا للعقدين فيجعل كان الخارج اشترى
من ذى اليد وقبض ثم باع من ذى اليد وسلم اليه فيكون لذى اليد شرا من الخارج وجه قولهما
ما ذكرنا ان تقدم شرا الخارج لو ثبت انما ثبت بنوع ظاهر والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق
فتكون الدار لذى اليد بالاتفاق لكن عندهما بالترك فى يده وعنده بالشرا من الخارج
وما قال عقيب قول محمد الالف بالالف قصاص ان كان قبل الثمنين فهو صحيح على قول
محمد لانه صح البيعان ووجب لكل واحد منهما على صاحبه الف درهم اما اذا كان بعد
قبض الثمنين فلا يصح على قوله لفراغ ذمة كل واحد منهما بالادا وانما يصح على قولهما لانه لما
لم يصح البيعان وجب على كل واحد منهما رد ما قبض من الثمن على صاحبه فيتقاصان وان

وقت الشهود وقتين فهذا على وجهين اما ان يكون وقت الخارج سابقا او وقت ذي اليد وكل
وجه على وجهين اما ان شهد الشهود بالقبض او لم يشهدوا به فان كان وقت الخارج سابقا ولم
يشهدوا بالقبض قضي بها لذي اليد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان شراه ثبت سابقا
ثم اشتراه منه ذو اليد قبل التسليم وبيع العقار قبل القبض عندهما جائز وعند محمد رحمه الله
يقضي بها للخارج لانه لا يجوز بيع العقار قبل القبض وان شهدوا بالقبض يقضي بها لذي اليد عندهم جميعا
لان الخارج باعها من بايعه بعد ما قبضها وذلك صحيح وان كان وقت ذي اليد سابقا يقضي
بها للخارج سوا شهدوا بالقبض ولم يشهدوا اما اذا شهدوا بالقبض فلا اشكال وكذلك اذا لم
يشهدوا به لان ذي اليد قابض وقد ثبت شراه سابقا فيجعل قبضه صادرا عن عقده ثم الخارج
انما اشتراها منه بعد قبضه فيؤمر بالتسليم اليه محمد رحمه الله تمسك بنهي النبي صلى
الله عليه وسلم عن بيع المبيع قبل القبض من غير فصل ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن
وبيع العقار قبل القبض يكثر مما اشترى ربح ما لم يضمن والمعنى فيه انه باع المبيع قبل القبض فلا يجوز
كالمنقول وتاثيره ان ملك التصرف يستفاد بالقبض كما ان ملكه يستفاد بالعقد ثم العقار والمنقول
سوا فيما يملك به العين وهو العقد فكذلك فيما يملك به التصرف ولهذا يستويان في الاجارة ولان
السبب وهو البيع لا يتم بالقبض ولهذا اجعل الحادث قبل القبض كالموجود وقت العقد ولا يملك
التفريق قبل القبض لعدم تمام الصفقة ولو هلك هلك البايع والملك انما يتاكد السبب وفي هذا
العقار والمنقول نوضحه ان المبيع قبل القبض مضمون بغيره وهو الثمن ولا فرق فيه بين المنقول
والعقار حتى اذا استحق او تصور هلاكه يسقط الثمن ولان القدرة على التسليم شرط جواز
العقد في العقار والمنقول وذلك بيده او بيد نايبه وبد البايع ليست يدنا به عن يده فلا
تثبت قدرته على التسليم باعتبارها بخلاف الوارث لان ملكه ملك خلافة فكانت يد
المورث يده حتى لو لم يكن المورث لا يصح بيع الوارث وكذا يد الموصى له ويد المستاجر والمستعير
لان الانتفاع لما لم يتصور الا باثبات اليد ثبت له اليد على المحل ضرورة ولهذا لا يصلح خصما
للمدعي والبايع خصم في حق الشفيع والمستحق وبفوات اليد ينتقص الملك ولهذا قلتم بعدم
وجوب الزكاة في المغصوب لفوات اليد وان كان الملك باقيا وبخلاف المهور لانا نمنع ولين
سلمنا فنقول الاصل عندنا ان كل عقد يبطل بهلاك العوض او استحقاقه لا يجوز التصرف قبل القبض
وما لا يبطل يجوز فالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال لا يبطل بهلاك العوض
واستحقاقه فيجوز التصرف قبل القبض والبيع والاجارة والصلح عن مال يبطل بالاستحقاق
والهلاك فلا يجوز التصرف والمعنى فيه ان التصرف اسقاط القبض المستحق بالعقد فما لا
ينفسخ العقد فيه لفوات القبض بالهلاك لا ينفسخ بالتصرف فيجوز وما ينفسخ بالهلاك
ينفسخ بفوات القبض المستحق فلا يجوز التصرف ولابي حنيفة وابي يوسف ان بيع العقار
قبل القبض في معنى بيع المنقول بعد القبض فيجوز كما يجوز بيع المنقول بعد القبض وانما
قلنا ذلك لان المطلق للتصرف الملك دون اليد الا ترى انه لو باع الوديعة او المغصوب وهو

وهو مقر به يصح وهذا لان الملك عبارة عن القدرة والقوة وفي الشريعة هو الاطلاق في التصرف ولهذا
يقال فلان يملك هذا الامر فلان لا يملك بمعنى انا الاول له فعله والثاني ليس له فعله ولهذا يصح
التعليل به فيقال لفلان ان يفعل كذا لانه مالكه وليس لفلان ان يفعل كذا لانه غير مالك له وهذه
قاعدة مقررة شرعا وعقلا ان كل من ملك شيئا يملك التصرف فيه الا لمانع واذا ثبت الملك لم
فقضيته نفاذ التصرف الا انه اذا بقي في الملك المطلق للتصرف غرر يملك الاحتراز فذلك يمنع
جواز البيع لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي المنقول قبل القبض في الملك
غرر لان بهلاكه ينتقض البيع ويبطل ملك المشتري فاذا قبضه انتفى هذا الغرر ولم
يبق الا معنى الغرر بظهور الاستحقاق وذلك لا يملك الاحتراز عنه وفي العقار قبل
القبض ليس في ملكه الا غرر الاستحقاق لانه لا يتصور هلاكه وانفساخ البيع به وانتفا
الغرور لعدم تصور سببه اصلا يكون ابلغ من انتفا الغرور اذا تصور سببه ولم يعمل والغرر
بسبب الاستحقاق لا يمكن الاحتراز عنه والدليل عليه ان التصرف في الثمن قبل القبض جائز لانه
لا غرر في الملك وكذا التصرف في المهر قبل القبض يجوز عندنا لانعدام الغرر في الملك فان بالهلاك لا
يبطل ملكها ويكون على الزوج قيمته لها واصحاب الشافعي يختلفون في ذلك فمنهم من يقول التسمية تبطل
بهلاك الصداق قبل القبض فعلى هذا يقولون لا يجوز التصرف لبقا الغرر في الملك ومنهم من يقول
لا تبطل التسمية ويجب على الزوج القيمة وعلى هذا يقولون يجوز التصرف والدليل عليه ان التصرف
الذي لا يمتنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزويج وبه يتبين فساد قولهم ان
تاكد الملك يتاكد السبب وذلك بالقبض لان العتق في استدعا ملك تام في المحل فوق البيع ثم
يجوز في المبيع قبل القبض وما يقولون بانه يدخل في ضمان المشتري بالقبض قلنا شرط ثبوت ملك
التصرف في المحل اصل الملك دون الضمان بدليل جواز التصرف في الموهوب بعد القبض وكذلك القدرة
كما تثبت بيده تثبت بيد غيره اذا لم يمنعه منه وكما يسمى الشخص قادرا على الفعل بغير واسطة يسمى قادرا
عليه وان توقف على الواسطة اذا كانت الواسطة في يده وتمكن منه شرعا وهنا القدرة ثابتة
بواسطة القبض والحديث عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق
قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فنحمله على المنقول وفي حديث عتاب بن اسيد
رضي الله عنه ما يدل عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم بعثه الى مكة وقال انههم عن بيع ما لم يقبضوا لان
اراضي مكة محرم لا يجوز بيعها وبياعاتهم في المنقول دون العقار والدليل عليه ان جواز الشفعة
يثبت للشفيع قبل القبض والشفيع يتملك بالبدل فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التملك
ببدل لما ثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري فلا يمكن
ان يجعل قايما مقامه فلهذا يبطل باخذه ملك المشتري وتكون عهدته على البايع بخلاف المشتري
الثاني نوضحه ان المبيع في الامكان الذي ورد البيع عليه فيجوز تصرفه فيه كما بعد قبضه بالتخلية
بخلاف المنقول لانه لا يدري في اي مكان يقبضه ولا يدخل على شي مما ذكرنا التصرف في
المسلم فيه قبل القبض لانا بما قررنا انما اثبتنا الملك المطلق للتصرف دون سائر الشروط فمن

الشرائط في المبيع العينيه وجواز السلم رخصة بخلاف القياس ومن الشرائط الكيل فيما اشتراه مكايلة فلا يجوز التصرف فيه قبل ان يكيله وان كان قبضه هذا الذي ذكرنا اذا كان الثمنان على السوا اما اذا كان احدهما انقص من الاخر بان اقام الخارج البينة انه اشتراها من ذي اليد بخمسمائة واقام ذو اليد البينة انه اشتراها من المدعي بالف فهي الذي في يده في قولهم جميعا اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانه تهاترت البينتان وترك في يده قضا ترك كما اذا اقام كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه انه باعها منه بتهاتر البينتان وان كان احد الثمنين انقص من الاخر واما على قول محمد فلانهم شهدوا بالعقد دون القبض والمبيع في يد احدهما وعنده في هذه الصورة يجعل القبض المعاين اول قبض وجد بحكم هذين العقدين المشتبهين فصار كان ذا اليد اشترى بالف وقبض ثم باعه بخمسمائة قبل نقد الثمن فيصير الخارج مشتريا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن فلا يصح فتكون الدار لذي اليد بشرا من الخارج وعليه الف درهم للخارج ويبطل بيعه من الخارج فان قيل انما جعل محمد القبض المعاين اول القبض تصحيحا للعقدين فاذا كان فيه افساد بعض العقود وجب ان لا يجعل بل يجعل كان ذا اليد باع بخمسمائة الخارج ثم اشترى منه بالف قبل نقد الثمن فيكون مشتريا ما باع ثم باكثر مما باع قبل نقد الثمن فيجوز العقدان جميعا قلنا لو لم يجعل القبض المعاين اول القبض يؤدي الى بعض العقود ايضا عند محمد لانا اذا جعلنا شرا الخارج اسبق صار بايعا من ذي اليد ما اشترى قبل القبض لانه لم يثبت للخارج لا قبض معاين ولا قبض مشهود به وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز عند محمد عقارا كان او منقولا فاذا كان في تقديم شرا الخارج افساد بعض العقود لا يترك الاصل الذي مهدناه لمحمد ولان الشهود شهدوا باطل التاريخ لما ذكرنا ان كل فريق شهد بالعقد في غير الوقت الذي شهد به الفريق الاخر لان وقت العقدين لو كان واحدا كانا باطلين و لا يحل لهما الشهادة فكان اصل التاريخ مشهودا به لكن لابد من اثبات السبق فجعلنا شرا ذي اليد سابقا لانا لو جعلنا شرا الخارج سابقا لم يصح شرا ذي اليد بحال عنده ولو جعلنا شرا ذي سابقا يصح شرا الخارج في الجملة فثبت السبق لقبض ذي اليد لهذا فصار كما لو ثبت السبق بالتاريخ ثم ترتب شرا الخارج عليه فان جاز جاز وان بطل بطل هذا اذا شهدوا بالشرا دون القبض اما اذا شهدوا بالشرا والقبض جميعا فعلى قياس قولهما تهاترتا وعلى قول محمد تقبل البينتان ويقضى بالشرائين لان عنده متى شهد الشهود بالعقد والقبض يجعل القبض المعاين اخر القبضين بحكم هذين الشرائين المشتبهين قياسا واستحسانا اذا كان في جعله اخر القبضين تجويز العقدين وهنا فيه فيجوز العقدين فيصير كان الخارج اشترى الدار اولا بخمسمائة وقبض ثم باع بالف وقبض ذو اليد فيصير ذو اليد مشتريا ما باع باكثر مما باع بعد القبض فيجوز العقدان ولو اقام الخارج البينة انه اشتراها منه بالف واقام ذو اليد انه اشتراها منه بخمسمائة ولم يشهدوا بالقبض فعلى قياس قولهما تهاترت البينتان وعلى قول محمد تقبل البينتان ويقضى بجواز العقدين ولكل واحد منهما بالثمن على صاحبه ويتقاصان بالمثل و يترادان الفضل لانه يجعل القبض المعاين اولا القبضين فيصير كان ذو اليد اشتراها من الخارج

الخارج بخمسمائة وقبض ثم باع منه بالف قبل نقد الثمن فيكون الخارج مشتريا ما باع باكثر مما باع قبل نقد الثمن بعد القبض فيجوز وان شهدوا بالعقد والقبض فعلى قياس قولهما تهاترت البينتان وترك الدار في يد ذي اليد قضا ترك وعلى قول محمد رحمه الله يقضي بجواز شرا الخارج من ذي اليد ويؤمر ذو اليد بدفع الدار الى الخارج ويبطل شرا ذي اليد من الخارج لانه جعل القبض المعاين اخر القبضين بحكم هذين الشرائين المشتبهين وجعل كان الخارج اشترى بالف وقبض ثم باع بخمسمائة وقبض واليد فيؤمر بالتسليم الى الخارج لفساد العقد وذكر في اخر الباب ووضع المسالة في الامة وجعل القبض المعاين اول القبضين بحكم هذين الشرائين المشتبهين حتى صار ذا اليد مشتريا بخمسمائة اولا وقبض ثم باع بالف ولم يسلم فيجوز العقد جميعا قال الفقيه ابو بكر البلخي رحمه في شرح هذا الكتاب ليس في مسالة روايتان عن محمد لكن ما ذكرهنا من جوابه جواب القياس وما ذكر في اخر الباب جواب الاستحسان لان في جعل هذا القبض فساد احد العقدين لما ذكرنا والشهود شهدوا بالعقد والقبض والمبيع في يد احدهما وعنده في هذه الصورة يجعل القبض المعاين اخر القبض قياسا واستحسانا اذا كان فيه تجويز العقد وان كان فيه فساد احد العقدين في القياس كذلك وفي الاستحسان يجعل القبض المعاين اول القبضين فكان المذكور هنا جواب القياس وفي اخر الجواب جواب الاستحسان فالحاصل انه تعارض ترتيبان احدهما توجب تصحيح العقدين وفيه بعض القبض المعاين والثاني يوجب فساد العقدين وفيه ايضا ثم القبض المعاين فعلى جواب القياس ايضا القبض وافساد العقد اولى وعلى جواب الاستحسان تصحيح العقد وابطال القبض اولى وجه القياس انه هنا قبض وجد عقيب الشرا فيجعل قبض شرا وانما يصير قبض شرا اذا جعلنا القبض المعاين اخر القبضين اما اذا جعلناه اول القبضين صار كان ذا اشترى وقبض ثم باع ثم قبض وديعة او غصبا فيجعل هذا القبض اخر القبضين حتى يكون قبضا بحكم الشرا كما لو كان فيه تجويز العقدين الا ترى انهم لو شهدوا بالعقد دون القبض والبيع في يد احدهما جعل القبض المعاين عنده اول القبضين سوا كان فيه تجويز العقدين او فساد احدهما ولان العقد الفاسد معتبر شرعا كالجائز فكان فيه اعتبار العقدين والقبض القائم في الحال وفي الترتيب الاخر اعتبار العقدين والقبض القائم في الحال وفي الترتيب الاخر اعتبار العقدين وابطال القبض القائم في الحال فكان الترتيب الاول اكثر اعتبارا فكان القول به اولى ولانا انما نجعل القبض المعاين اولهما العقدين عملا بظاهر الحال وانه لا يصلح لنقض اليد الثابتة بيقين وجه الاستحسان ان القبض الموجود بعد الشرا انما يجعل قبض شرا من حيث الظاهر لان الظاهر انه انما قبض بعد الشرا بالشرا لا بدليل موجب وقد قابل هذا الظاهر ظاهر اخر وهو ان الظاهر من حال المسلم العاقل ان يقدم على البيع الصحيح لا على البيع الفاسد فتعذر العمل بهما جميعا فوجب العمل باحدهما فكان العمل بالظاهر الذي فيه تصحيح العقود اولى بخلاف فيما اذا شهدوا على البيع دون القبض حيث جعل القبض المعاين اول القبضين وان كان فيه فساد احد العقدين لانا لو جعلناه اخر القبضين كان فيه فساد احد العقدين ايضا فاذا وقع التعارض في فساد احدهما لم يترك اصله واعتبر القبض المعاين اولهما بحكم هذا العقد

ولان في تقديم شرا ذي اليد تصحيح العقدين وفيه نقض القبض المعاين وفي تاخيره فساد عقده و
وقبضه فكان الترتيب على وجه فيه تصحيح العقدين ونقض القبض المعاين اولى من الترتيب على
وجه نقض احد العقدين وقبضه فالحاصل ان القبض المعاين يستحق النقض اما بفساد عقده
او لكونه وديعة في يده او غصبا بقي الترجيح بتصحيح العقدين وقيل وجه القياس اصح لان
الشهود شهدوا على القبض وفي هذا اثبات ثلاث قبضات فيكون فيها اثبات الزيادة ثم وضع
محمد المسالة في المبيع فقال لو اقام الذي في يده بينة انه باعها من الخارج بالف درهم واقام الخارج
بينة انه باعها من ذي اليد بالف فان على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تهاترت
البينتان وترك في يد ذي اليد قضا ترك ولا شي لواحد منهما على صاحبه وعلى قول محمد
تقبل البينتان ويقضى بالبيعين والالف بالالف قصاص وتكون الدار للخارج لانه يجعل القبض
المعاين اول القبضين كما في دعوى الشرا لان الشرا يتضمن بيعا والبيع شرا وانما يكون كذلك
ان لو جعلنا كانه باعه اولا وقبض ذو اليد ثم ذو اليد باع من الخارج ولم يسلم فيومر بالتسليم اليه
فان شهدوا على البيع والقبض فعندهما كذلك الجواب وعنده تقبل البينتان ويقضى بالبيعين
والالف بالالف قصاص وهي لذي اليد لان القبض المعاين اخر القبضين عنده قياسا واستحسانا
لان فيه تجويز العقدين مع تقرير القبض فيصير كان ذو اليد باع اولا وقبض الخارج ثم الخارج
باع من ذي اليد وقبض ذو اليد فيصح البيعان في الصورتين الا انه في الصورة الاولى تسلم الدار
للخارج وفي الثانية لذي اليد ثم عاد محمد الى اول الباب ووضع المسالة في ثلاثة نفر فقال دار
في يد رجل يقال له زيد جاء رجل يقال له عمرو واقام البينة ان الدار داره اشتراها من هذه
المراة بالالف درهم واقام زيد وهو ذو اليد البينة انها داره اشتراها من عمرو بالف درهم فهذه
المسالة على وجهين اما ان شهد الشهود بالشرا ولم يشهدوا بالقبض او شهدوا بالشرا والقبض جميعا
وكل وجه على ثلاثة اقسام اما ان يكون الدار في يد زيد او في يد عمرو او في يد المراة وبدا محمد بالوجه
الاول والقسم الاول وهو ما اذا كانت في يد زيد وشهدوا بالعقد دون القبض وذكر ان
في قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما البينة زيد وعليه الثمن لعمرو وهو الذي
يدعي الشرا منه وبينة عمرو على المراة وبينة المراة على عمرو باطلتان حتى لا يقضى لاحدهما على صاحبه
بشي من الثمن اما بطلان بينتهما لان كل واحد منهما ادعى الشرا من صاحبه ولم يورخا
وفي مسالة تهاترت البينتان عندهما واما قبول بينة زيد فلانه لما بطل بينتهما صار كانهما
لم يقيما البينة وادعى عمرو على زيد ان الدار داره اشتراها من المراة واقام زيد البينة ان الدار
داره اشتراها من عمرو ولو كان كذلك تقبل بينته لانه ادعى حادثا واثبته بالبينة ولا دافع
لبينته فتقبل ويقضى له بالدار على عمرو ويقال لعمرو ان زيدا اقر لك بالف درهم فان شئت فصدقه
وخذ وان شئت فدع واما على قول محمد ذكر انه تقبل بينة عمرو على المراة ويقضى له بالدار
بالشرا من المراة ويقضى للمراة عليه بالثمن وتقبل بينة زيد على عمرو ويقضى له بالدار شرا من جهة
عمرو ويقضى عليه بالثمن ولا تقبل بينة المراة على الشرا من عمرو ولا يقضى لها بشي لان زيدا يقر

بان الملك واليد في هذه الدار استفاد من جهة عمرو فيكون مقرا له باليد فلا يبطل اقراره لان عمروا
لم يدع عليه مثل ذلك حتى يبطل اقراره بسبب التعارض والتدافع والمراة ايضا اقرت باليد لعمرو لانها
ادعت الشرا من عمرو الا ان لا اقرارها معارض وهو دعوى عمرو الشرا منها فكانت الدار في يد عمرو من حيث الحكم
والتقرير وان كانت في يد زيد حقيقة ولو كانت في يده حقيقة وادعى هو الشرا من المراة
وادعت المراة الشرا منه وشهد الشهود بالعقد دون القبض يجعل القبض المعاين اول القبض عنده
وانما يكون كذلك اذا قدمنا شرا عمرو من المراة فيجعل كان عمروا اشترى الدار اولا من المراة بالالف
ثم تنازع بعد ذلك ابنان زيد والمراة وادعى كل واحد منهما الشرا من جهة عمرو واقاما البينة والدار
في يد زيد ولو كان كذلك يقضى بشرا زيد من عمرو ولا يقضى للمراة لان بينة صاحب اليد
اولى في دعوى تلقي الملك من ثالث اما لان شراه تاكد بالقبض او لان تمكنه من القبض دليل
سبق شرايه ولان التصحيح في هذا الوجه اكثر وفيه تقرير القبض المعاين لانا لو قدمنا
شرا عمرو من المراة نصحح شرا زيد من عمرو بعده وينقض القبض المعاين ومتى كان التصحيح في
هذا الوجه اكثر كان اولى وان كان المذهب عنده ان القبض المعاين يجعل الاول العقود لكن انما
يجعل كذلك اذا كان التصحيح فيه اكثر اما اذا كان اقل فلا واما القسم الثاني من هذا الوجه وهو
ما اذا كانت الدار في يد عمرو وباقي المسالة على حالها فعندهما الجواب فيه كالجواب في القسم
الاول لان بينة المراة على عمرو وبينة عمرو على المراة تعارضتا فتهاترتا فبقيت بينة زيد وهو ذو اليد
خالية عن المعارض فيقضى له واما عند محمد رحمه الله تقبل بينة عمرو على اثبات الشرا من المراة لان
الدار في يده حقيقة ويقضى للمراة على عمرو بالثمن وتقبل بينة المراة وبينة زيد على اثبات الشرا
من عمرو ويقضى بالدار بينهما نصفين شرا من عمرو ويقضى لعمرو على كل واحد منهما بنصف الثمن ويكون
للمراة وزيد الخيار لان عند محمد متى شهدوا بالشرا دون القبض يجعل القبض المعاين اول القبض
بحكم الشرا وانما يكون كذلك اذا قدمنا شرا عمرو والذي في يده الدار ولا من المراة بالف وقبضه
ثم تنازع ابنان المراة وزيد في دعوى الشرا منه واقاما البينة وهما خارجان ولم يورخا فلم يكن احدهما
بالقضا له باولى من الاخر فيقضى بينهما نصفين لاستوائهما ويخيران لان كل واحد منهما اثبت شرا
كل الدار ولم يسلم له الا النصف فان قيل لم لا يجعل كان الدار من حيث الحكم في يد المراة فان عمروا
اقر باليد لها حيث ادعى الشرا منها كما قلتم في القسم الاول قيل له لا يمكن ذلك لان اقرار عمرو للمراة
قد بطل لان المراة ادعت عليه مثل ذلك فبطل اقراره بحكم التدافع والتعارض فبقيت الدار في
يد عمرو وحقيقة تقريرا واعتبارا بخلاف القسم الاول لان ذا اليد ادعى الشرا من عمرو وعمرو
لا يدعي الشرا منه فلم يقع التعارض واما القسم الثالث من هذا الوجه وهو ما اذا كانت
الدار في يد المراة والمسالة بحالها فعند ابي حنيفة وابي يوسف تهاترت البينات كلها
ولا يقضى بشي وبترك الدار في يد المراة قضا ترك اما بينة المراة وبينة عمرو فلما قلنا واما
بينة زيد على عمرو وان اثبت امرا حادثا وليس لها دافع لان زيدا بينة الشرا من عمرو ولم يثبت
قبض عمرو ما اشترى من المراة لا بالبينة ولا بالمعاينة فصار عمرو بايعا من زيد ما اشترى

من المراة قبل القبض وبيع المبيع قبل القبض باطل فقد قامت بينة على شرا باطل به علل في الكتاب
فقال لانه اشترى من المراة وباع قبل القبض لو قبلنا بينة عمرو وبينة زيد باعتبار ان له فيها
حقا بكون عمرو بايعا قبل القبض فلا يصح بيعه فلا يكون لزيد حق فلا يترجح ولا يتقوى
فان قيل لا بل يثبت قبض عمرو باقرار المراة التي هي صاحبة يد فانها اقرت انها استفادت
الملك واليد من جهة عمرو قيل له نعم لكن اقرارها لم يصح للتعارض والتدافع على ما ذكرنا من المشايخ
من قال هذا الجواب غير سديد على قولهما وانما يصح ان لو كانت المسالة في العبد اما في الدار ينبغي
ان يقال يقضى بشرا عمرو من المراة ثم بشرا زيد من عمرو وتبطل بينة المراة لان بينة المراة وعمرو ان
بطلت باعتبار المعارضة لكن بينة عمرو لم تبطل من حيث انه يثبت فيها حقا لزيد لانه لا يمكن
لزيد اثبات الملك لنفسه بالشرا من عمرو الا بعد اثبات الملك لعمرو فكان بسبيل من اثباته للملك
شرط حقه فتقوت بينة عمرو من هذا الوجه لان بيع ما اشترى قبل القبض من غيره صحيح
في العقار عندهما فصار الفساد لعدم الملك فحسب وقد ثبت بحجة عمرو الا ترى انه اجاب هكذا
فيما اذا شهدوا بالعقد والقبض والحكم لا يختلف بالقبض وعدمه في العقار وهذا لان الانسان ينتصب
خصما في اثبات شرط حقه كما ينتصب خصما في اثبات حقه فصارت بينة عمرو وبينة زيد ولا
معارض لزيد دل عليه ما ذكر في الشهادات اذا ادعى رجل على اخر انه باع هذه الجارية من فلان وان فلانا
قبضها منه ثم باعها منه تقبل بينته كذلك هنا من المشايخ من قال يحتمل ان محمدا حين فرع هذه المسالة وطال
تفريعها حسبانه وضع المسالة في المنقول فاجاب هكذا ومنهم من قال اراد بهذا الجواب على قياس
قولهما الاول فان بيع العقار قبل القبض لا يجوز على قولهما الاول ذكر قول ابي يوسف الاول في كتاب
الشفعة من المبسوط وسط الباب الاول في مسالة اقالة الشفيع البايع وقول ابي حنيفة الاول في
الجامع وهي هذه المسالة ومنهم من قال اراد بهذا الجواب على قياس قولهما لو كانا لا يريان جواز بيع
العقار قبل القبض كما فرع مسائل المزارعة على قول ابي حنيفة على تقدير ان يرى جوازها فاما على قول محمد
يجوز شرا المراة من عمرو وشرا عمرو من المراة يقضى لكل واحد منهما بالثمن على صاحبه ويتقاصان ان كان
الثمنان من جنس واحد ولا يقضى بشرا زيد من عمرو لان الاصل عنده في هذه الصورة ان يجعل القبض
المعاين لاول العقدين وانما يكون كذلك ان لو قدمنا شرا المراة ويصير كانها اشترت اولا من عمرو
قبضت ثم باعت من عمرو ولم يسلم فيومر بالتسليم اليه ويصير عمرو بايعا من زيد ما اشترى من المراة قبل
القبض وبيع العقار قبل القبض وبيع العقار قبل القبض عنده لا يجوز و
لان المراة مع زيد ادعيا تلقي الملك من جهة عمرو وللمراة قبض ولا قبض لزيد فتكون المراة اولى ولا تجعل يد المراة عمرو
في الاعتبار كما فعلنا في حق ذي اليد حتى يقضى بشرائه من المراة ثم بشرا المراة منه لانه انما يجعل كذلك اذا لم يعارضه بينة
ذي اليد ولم يكذبهما بقيت يدها يد نفسها واذا بقيت يدها يد نفسها جا الترتيب الذي قلنا بخلاف ما اذا
كانت في يد زيد على ما ذكرنا هذا اذا شهدوا بالعقود دون القبض واما الوجه الثاني وهو ما اذا
شهدوا بالعقود والقبوض فالقسم الاول من هذا الوجه وهو ما اذا كانت الدار في يد
زيد والمسالة بحالها فعندهما الجواب في هذا القسم من هذا الوجه كالجواب في هذا القسم

القسم من الوجه الاول تقبل بينة زيد ويقضى له بالدار شرا من جهة عمرو ويقضى عليه الثمن لعمرو و
تتهاتر بينة الاخرين وعند محمد تقبل البينات ويقضى بالبيوع كلها لان الاصل عنده ان الشهود
متى شهدوا بالعقود والقبوض ولاحدهم قبض معاين يجعل القبض المعاين اخر القبوض بحكم هذه الاشربة
اذا كان في جعله اخرا يجوز العقود كلها قياسا واستحسانا وهنا كذلك فيجعل اخرا وانما يكون اخرا اذا كان
شرا زيد من عمرو اخرا فيجعل كان المراة اشترت من عمرو وقبضت ثم باعت من عمرو وقبض ثم باع عمرو
من زيد الا ان عمرو مع المراة يتقاصان الثمن اذا كانا من جنس واحد وان كانا من جنسين ان تقاصا
بالتراضي تقع المقاصة والا فلا ويجب لعمرو الثمن على زيد فتكون الدار الذي اليد على اختلاف المذهبين
واما القسم الثاني من هذا الوجه وهو ما اذا كانت الدار في يد عمرو والمسالة بحالها فعندهما كذلك
الجواب لان بينة المراة على عمرو وبينة عمرو عليها بطلتا للتعارض وبقيت بينة زيد مقبولة على الشرا
من عمرو فيقضى له وعند محمد كذلك الجواب ايضا ويحكم جواز البيوع كلها لانه جعل قبض عمرو اخر القبضين
بحكم العقدين المنتهيين فصار كان المراة اشترت اولا من عمرو وقبضت ثم باعت من عمرو وقبض عمرو
ثم باع عمرو من زيد ولم يسلم فيومر بالتسليم ويجوز البيوع كلها فصار الجواب في هذا الفصل عندهم
كالجواب في الفصل الاول واما القسم الثالث من هذا الوجه وهو ما اذا كانت الدار في يد المراة وباقي
المسالة بحالها فعندهما لا تقبل بينة المراة على عمرو وتقبل بينة عمرو على المراة فيقضى له بالدار شرا
من جهة المراة ويقضى بالثمن عليه للمراة وتقبل بينة زيد على عمرو ويقضى له بالدار شرا من جهة
عمرو ويقضى عليه بالثمن اما لا تقبل بينة المراة لما قلنا في القسم الثاني والاول من هذا الوجه واما تقبل
بينة عمرو على المراة فرق بينه وبين القسم الاول والثاني من هذا الوجه والفرق ان بينة عمرو في القسمين
الاولين لا تفيد جواز شرا زيد حتى تترجح بينته على بينة المراة لان شرا زيد من عمرو يجوز من غير
بينة عمرو متى كانت الدار في يده بظاهر يده فان ظاهر اليد يدل على الملك وفي القسم الثاني الدار في
يده حقيقة وفي القسم الاول في يده تقديرا واعتبارا لانها في يد زيد وزيد مقر ان اليد في هذه
الدار كانت لعمرو وقد صح اقرار زيد لما قلنا فكانت بينة عمرو في الاثبات مثل بينة المراة
فتعارضتا فبطلتا لمكان التعارض اما في هذا القسم لبينة عمرو تثبت جواز شرا زيد منه لانه
متى لم يقم لعمرو بينة على الشرا من المراة لا يجوز شرا زيد من عمرو لان الدار ليست في يد عمرو لا حقيقة
ولا تقديرا لان المراة وان اقرت ان اليد فيها كانت لعمرو لكن اقرارها قد بطل لمكان التعارض فكان
في قبول بينة عمرو جواز شرا زيد وليس ذلك في قبول بينة المراة فلم يثبت بين البينتين تعارض
ليثبت التهاتر واذا لم تقبل بينة المراة وقبلت بينة عمرو في هذا القسم صار كان المراة لم تقم البينة
اصلا وانما اقام زيد وعمرو ولو كان كذلك يقضى بجواز شرا عمرو من المراة وبجواز شرا زيد من عمرو كذا
هنا ويجب ان يكون الواجب على قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر في هذا القسم من الوجه الاول
وهو ما اذا شهدوا بالاشربة ولم يشهدوا بالقبض كذلك لان بيع العقار قبل القبض على قولهما الاخر
يجوز وما ذكر بخلافه فهنا في القسم من الوجه الاول فذاك قياس قولهما الاول على قول اولئك المشايخ
على ما ذكرنا واما عند محمد رحمه الله ذكر انه يقضى بالدار للمراة ويجعل شراوها من عمرو متاخر

ويقضى بشراء عمرو منها ويجعل شراؤه منها سابقا ولا يقضى لزيد بشئ لان الاصل عنده ان القبض المعاين في
هذا الوجه وهو ما اذا شهدوا بالعقود القبوض يجعل اخر القبوض بحكم الشرا وانما يصير كذلك اذا
جعلنا كان عمرو اشترى منها وقبض ثم تنازع في شرى ذلك من عمرو زيد والمراة واقاما البينة على الشرا
والقبض والدار في يد المراة ولو كان كذلك كانت المراة اولى فهنا اولى لان الثابت بالمعاينة فوق
الثابت بالبينة وقيل هذا جواب القياس اما على جواب الاستحسان يجب ان يجعل القبض المعاين
اول القبوض لانه ليس في جعله اخر القبوض جواز العقود كلها وفي جعله اول القبوض جواز العقود
كلها وفي مثل هذا قياس واستحسان فيصير في الاستحسان كان المراة اشترت اولا من عمرو وقبضت
ثم باعت من عمرو وقبض ثم باع من زيد فقبض زيد فيقضى بالدار لزيد شراء من عمرو ثم وصلت الى يد المراة
بسبب من الاسباب فيومر بالتسليم الى زيد فكان فيه جواز الاشرية كلها وقد ذكرنا ان الترتيب
على وجه فيه تصحيح العقود اولى وان كان فيه نقض اليد المعاين وقيل الجواب الصحيح ما قال
في الكتاب قياسا واستحسانا لانه انما ينقض القبض تصحيحا اذا لم يثبت بالحجة اما اذا
اثبته بالحجة فلا لان انما قلنا بتصحيح العقود وترتيب ما ذكرناه لضرب احتياط وانما يستقيم
ذلك اذا لم يتضمن ذلك ابطال حق ثابت بالحجة اما اذا تضمن فلا وحاصله ان ملك عمرو مجمع عليه لان
المراة وزيد يدعيان التلقي منه والمراة ذات اليد فكان القضا لها اولى وذكر في شفعة المبسوط
اذا شهد رجلان للبايع والمشتري على الشفيع انه قد سلم الشفعة وشهد رجلان للشفيع
ان البايع والمشتري سلما له الدار قضيت بها للذي هي في يده هذا بمنزلة رجلين اختصما في دار
كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحبه بالف درهم ونقد الثمن يقضى بها للذي في يده وهي مسالة
التهاتر فعندهما تهاترت البينتان وعنده يقضى بحسب الامكان فمن اصحابنا من يقول مسالة الشفعة
على الخلاف ايضا وان لم ينص عليه لان كل واحد منهما يثبت الملك لنفسه على صاحبه بسبب يجري
به شهوده قال شمس الائمة السرخسي والاصح عندي ان جواب مسالة الشفعة قولهم جميعا وان هذه
ليس نظير مسالة التهاتر فان هناك شهد بالبينتين بتاريخ يثبت بين الشرايين واليد دليل
ذلك التاريخ ولا يتاتى مثل ذلك هنا وابو حنيفة وابو يوسف يقولان بالتهاتر لان كل واحد
منهما يثبت اقرار صاحبه بالملك له فكل بايع مقر بوقوع الملك للمشتري وذلك لا يوجد هنا فالشفيع
بتسليم الشفعة لا يصير مقرا بالملك للبايع ولا للمشتري ولكن وجه هذه المسالة ان تسليم المشتري
الدار بالشفعة للشفيع يحتمل الفسخ وتسليم الشفيع الشفعة لا يحتمل الفسخ بحال
فانه بعد ما سلم الشفعة لا يعود حقه وان اتفقا عليه والبينتان اذا تعارضتا واحدهما لا
يحتمل الفسخ والاخرى يحتمل فما لا يحتمل الفسخ يترجح كما لو اقام البينة على انه اشترى
هذا العبد من مولاه واقام العبد البينة ان مولاه اعتقه نوضحه انا نجعل كان الامرين
كانا فان كان الشفيع سلم الشفعة اولا ثم سلمها المشتري له فما لم يخرج من يده لا يتم التسليم
وبعد الاخراج يكون هذا بمنزلة البيع المبتدا فيقضى بها للشفيع اذا كانت في يده وان كان
المشتري سلمها الى الشفيع اولا وقبضها الشفيع ثم سلم شفعته فتسليمه باطل

باطل استيفاه لحقه قد تم فلهذا اقضى بالدار لذي اليد بها كان ثم خلط محمد دعوى البيع بدعوى الشرا
فقال اذا كان العبد في يد رجل حر فاقام مكاتب البينة انه عبده باعه من هذه المراة بالف درهم
واقامت المراة البينة انه عبدها باعته من هذا المكاتب بعشرة اكرار حنطة وسط واقام الحر
الذي في يده البينة انه عبده اشتراه من هذا المكاتب بهذا الوصيف فالمسالة على وجهين
اما ان تشهد الشهود بالعقود ولم يشهدوا بالقبض او شهدوا بالعقود القبوض جميعا وكل وجه
على ثلثة ايام اما ان يكون العبد في يد الحر او في يد المكاتب او في يد المراة وبدا محمد بالوجه الاول
وهو ما اذا شهدوا بالعقد دون القبض وبدا بالقسم الاول وهو ما اذا كان العبد في يد الحر وثنى بالقسم
الثاني وهو ما اذا كان في يد المكاتب وثلث بالقسم الثالث وهو ما اذا كان في يد المراة فنقول اذا
كان العبد في يد الحر ذكر ان في قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف بينة المكاتب على المراة وبينة
المراة على المكاتب باطلتان بحكم التعارض لما قلنا وبينة الحر على المكاتب مقبولة لخلوها عن
المعارض ويقضى بالعبد للحر شرا من المكاتب ويقضى عليه للمكاتب بالوصف واما على قياس قول
محمد ذكر ان بينة المراة تقبل ويقضى ببيعها من المكاتب ويقضى لها عليه بعشرة اكرار حنطة
وتقبل بينة الحر على المكاتب ويقضى له بالعبد شرا من المكاتب وللمكاتب عليه بالوصيف ولا
تقبل المكاتب على بيعه من المراة لان العبد ان كان في يد الحر من حيث الحقيقة فهو في يد المكاتب
من حيث الحكم والتقدير لان الحر اقر انه استفاد الملك من جهته ولم يبطل اقراره لان المكاتب
لا يدعي على الحر شيئا ذلك انما يدعي على المراة فكانت اليد للمكاتب معنى والشهود شهدوا بالعقد دون
القبض فيجعل القبض المعاين للمكاتب او القبض فصار كانه اشتراه من المراة وقبض ثم الحر
اقام البينة انه اشترى العبد منه بالوصيف والمكاتب اقام البينة اني بعته من المراة بالف فكانت
بينة الحر اولى لوجهين احدهما ان الحر يثبت ببينته اقرار المكاتب انه باعه منه فدعواه انه باع من
المراة تناقض وسعى في نقض ما تم من جهته فلو يصح والثاني ان اقامة المكاتب البينة انه
باعه من المراة بمنزلة اقامة المراة البينة انها اشترته من المكاتب ولو كان كذلك كان بينة الحر
اولى لانهما يدعيان تلقي الملك من ثالث وللحر يد ولا يد للمراة ولان الحر باقامة البينة على الشرا
من المكاتب ابطل بينة المكاتب ببيعه من المراة لان البينة التي قامت عليه اولى من البينة التي
قامت له اقصى ما في الباب ان الاصل عنده ان القبض المعاين يجعل اولا في هذه الصورة لكن انما
يجعل ذلك تصحيحا للعقود ولو جعلنا كذلك هنا لا يصح الا عقد واحد وهو شرا الحر من المكاتب
ولو لم يجعل كذلك يصح عقدان لما قلنا وفيه تقدير القبض المعاين فكان هذا الوجه اولى
فصار العبد للحر في قولهم جميعا الا ان عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يقضى الا ببيع
واحد وعند محمد يقضى ببيعين وهذا لان الحر اشبه بالمدعيين لانه يثبت الملك في هذا العبد
لنفسه والمكاتب يثبت لغيره فكان الحر اشبه بالمدعيين وان كان المكاتب لو انفرد باقامة
هذه البينة تقبل بينته كالبايع مع المشتري اذا اختلفا في مقدار الثمن واقاما البينة كانت
بينة البايع اولى لانه يثبت الملك لنفسه في الثمن والمشتري لغيره وان كان

المشتري لو انفرد باقامة البينة تقبل وكذا لو اقام رجل البينة على اخر انه ابنه ولد على فراشه واقام
الابن على اخر بينة انه ابنه جازت بينة الابن ولم تجز بينة الاخر لان الابن يثبت حق نفسه قبل
الاب لان الابن يتشرف بالنسب والاب يثبت حق الابن قبل نفسه لانه يتشرف بالابن فكان الابن
هو المدعي دون الاب فتكون البينة بينته وان كان الاب لو انفرد باقامة البينة تقبل بينته وكذا
لو اقام رجل البينة على امرأة انها منكوحته واقامت هي البينة انها منكوحة رجل اخر فالبينة بينته
لما ذكرنا ولانه اثبت اقرارها بالنكاح له فتصير مكذبة لشهودها فتبطل شهادة شهودها وان كانت
لو انفردت باقامة البينة تقبل بينتها كذلك هنا واما القسم الثاني من هذا الوجه وهو ما
اذا كان العبد في يد المكاتب وباقي المسالة بحالها فالجواب في هذا القسم عندهم جميعا كالجواب
في القسم الاول الا ان في القسم الاول لا يحتاج المكاتب الى تسليم العبد الى الحر لان العبد
في يده حقيقة وهنا يحتاج اما فيما عدا ذلك لا فرق سوى بين هذين القسمين في الجواب عندهم
لان في القسم الاول العبد في يد المكاتب حكما وتقديرا وفي القسم الثاني في يده حقيقة فكان
القسمان سوى ثم فرق بين هذين القسمين في المسالة الاولى وهي مسالة الدار عند محمد فقال في
القسم الاول في المسالتين يجعل المبيع في يد الاخر حكما وتقديرا لكن في يده حقيقة لكن كون الدار في
يد زيد حقيقة وفي يد عمرو حكما يوجب الاختلاف في الجواب عند محمد لما قلنا في
المسالة الاولى وهنا لا يوجب لان الترجيح ببينة الحر في الوجه الاول لما كان لكون العبد في
يد المكاتب تقديرا واعتبارا لكن انما كان لان الحر اشبه بالمدعين وانما اعتبر كون العبد في
يد المكاتب حكما وتقديرا بجعل قبضه اول القبضين بحكم البيعين المشتبهين للترجيح ببينة الحر وهذا المعنى
موجود هنا وهو ما اذا كان العبد في يد الحر حقيقة فكانت بينة اولى ولا يقال بان المكاتب يدعي
الثمن لنفسه ايضا بسبب دعوى البيع لان دعوى الثمن انما يستقيم في مبيع مقبوض لا في
مبيع غير مقبوض واما القسم الثالث من هذا الوجه وهو ما اذا كان العبد في يد المراة والمسالة
بحالها ذكر ان في قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف البيوع كلها باطلة ويترك العبد في يد ذي اليد
قضاء ترك اما بينة المراة وبينة المكاتب لمكان التعارض فان قيل لا تعارض لان شرط التعارض
التساوي ولا تساوي هنا لان بينة المراة يثبت جواز بيع المكاتب من الحر وبينة المكاتب لا تثبت
فترجح بينة المراة قيل له بينة المراة لا تثبت جواز بيع المكاتب من الحر وان كانت تثبت بيع العبد من
المكاتب لانها لم تثبت للمكاتب قبضا فيصير المكاتب بايعا المبيع المنقول قبل القبض وانه باطل واما
بينة الحر فانها قامت على شراء باطل او فاسد من جهة المكاتب لانه لما بطلت بينة المراة والمكاتب لمكان
التعارض لم يثبت للمكاتب ملك في العبد لا بالبينة ولا باقرار المراة لان اقرارها قد بطل بالتعارض فيصير المكاتب
بايعا ما لا يملك ولو ثبت الملك باقرار المراة لكن الشهود لم يشهدوا بالقبض وليس له قبض معاين
فصار بايعا المبيع المنقول قبل القبض وانه لا يجوز بخلاف القسم الثاني لانه في يده حقيقة وبخلاف القسم
الاول لانه في يده حكما وتقديرا واما في قياس قول محمد تقبل بينة المكاتب على المراة وبينة المراة على
المكاتب حتى يقضى بالبيعين وبالثمنين ولا تقبل بينة الحر على المكاتب لان الاصل عنده ان الشهود

الشهود متى شهدوا بالعقد دون القبض ولاحدهم قبض معاين يجعل القبض المعاين اول القبضين بحكم
البيعين المشتبهين وانما يكون كذلك اذا جعلنا بيع المكاتب من المراة بالف سابقا فصار كان المكاتب
باع من المراة اولا بالف وقبضت المراة العبد ثم باعت بعد ذلك من المكاتب بعشرة اكرار حنطة ولم يسلم
فتؤمر بالتسليم اليه وتبين ان المكاتب باع من الحر بالوصيف قبل القبض وبيع المنقول قبل القبض فاسد
هذا اذا شهدوا بالعقود دون القبوض واما الوجه الثاني وهو ما اذا شهدوا بالبيع جميعا فالقسم الاول
من هذا الوجه وهو ما اذا كان العبد في يد الحر والمسالة بحالها فان في قياس ابي حنيفة وابي يوسف
بينة المكاتب باطلتان وتقبل بينة الحر على المكاتب ويقضى بالعبد شراء من المكاتب بالوصيف لما
بطلت بينتهما فلمكان التعارض واما قبول بينة الحر فلانه لما بطلت بينتهما فصار كانهما لم يقيما
البينة وتفرد الحر باقامة البينة ولو كان كذلك قبلت بينته لانه ادعى امرا حادثا واثبت
بالبينة ولا دافع لبينته واما عند محمد ذكر ان البينات كلها مقبولة ويقضى بالبيوع كلها لان
الاصل عنده في هذه الصورة ان يجعل القبض المعاين اخر القبوض قياسا واستحسانا اذا كان في جعله
اخر القبوض جواز العقود كلها وهنا كذلك فيجعل وانما يصير بقبضه اخر لحكم البيع ان قدمنا
بيع المكاتب فيصير كان المكاتب باع العبد من المراة بما ادعى وقبضت المراة ثم ان المراة باعت من
المكاتب ثم ان المكاتب باع من الحر وقبض الحر فكان فيه تصحيح العقود وتقرير القبض المعاين
فيكون العبد للحر على اختلاف المذهبين واما القسم الثاني من هذا الوجه وهو ما اذا كان العبد في
يد المكاتب والمسالة بحالها فالجواب في هذا القسم عندهم جميعا كالجواب في القسم الاول الا ان
في الاول لا يؤمر المكاتب بتسليم العبد الى الحر لانه في يده حقيقة وهنا يؤمر بالتسليم اليه
اما فيما بعد ذلك لا يختلفان اما عندهما فلاجل التعارض واما عند محمد فلانه يقدم بيع المكاتب
من المراة ثم بيع المراة من المكاتب ثم بيع المكاتب من الحر على ما ذكرنا ولا يراعى يد المكاتب
حتى لا تنتقض لانا لو راعينا ذلك لا يمكن تصحيح العقود اجمع فكان تصحيح العقود التي قامت عليها
الحجة اولى من تصحيح يد لم تقم على دوامها حجة ولانه لا يدعي تقرير اليد وانما يدعي تقريرها اذا
كان يدعيه فان قيل هذا تغيير اصل محمد رحمه الله فان من اصله ان الشهود اذا شهدوا بالعقد والقبض
يجعل القبض المعاين اخر القبوض اذا كان فيه تجويز العقود كلها وهنا فيه تجويز العقود
كلها لانا نجعل كان المكاتب باع من المراة وقبضت ثم باعت من المكاتب وقبض ثم باع المكاتب
من الحر وقبض ثم باع الحر من المكاتب وقبض فيكون المكاتب اخر القبوض بحكم العقد فيكون له
قلنا انما يجعل القبض المعاين اخر القبوض اذا امكن وهنا لا يمكن لانه يؤدي الى اثبات
بيع لم يدع المدعي ولم يشهد به الشهود وهو بيع الحر من المكاتب فيجعل قبض المكاتب اول القبوض
ويصح بالطريق الذي قلنا واما القسم الثالث من هذا الوجه وهو ما اذا كان العبد في يد المراة
والمسالة بحالها ففي قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف بينة المكاتب على المراة
بالبيع باطلة وبينة المراة على المكاتب بالبيع جائزة لاحتمالها لكن حقا للرجل الحر وبينة
الحر على المكاتب بالشراء جائزة اما جواز بينة المراة على المكاتب فلان البطلان بحكم التعارض ولا

تعارض هنا لانعدام التساوي لان بينتها تثبت جواز شرا الحر من المكاتب وبينة المكاتب لا تثبت
جواز شرا الحر منه فترجح بخلاف القسم الثاني والاول لان بينة المراة لا تثبت جواز شرا الحر من
المكاتب لان شرا الحر من المكاتب جائز وان لم يثبت بيع المراة منه لان في القسم الثاني في يد المكاتب
حقيقة وفي الاول في يده حكما وتقديرا وبيع ما في يده جائز واما جواز بينة الحر على المكاتب فلانه
لما بطلت المكاتب صار كانه لم يقم البينة الا المراة على المكاتب بالبيع والحر على المكاتب بالشرا ولو
كان كذلك بينة الحر على المكاتب بالشرا جائزة كذا هذا وعند محمد العقود كلها ويجعل كان المكاتب
باع منها وسلم ثم هي باعت منه وسلمت ثم باع هو من الحر ثم غصب فيؤمر بالتسليم الى الحر فان قيل
وجب ان تصح البيوع كلها مع تقرير القبض لان الاصل عنده في هذه الصورة يجعل القبض المعاين
اخر القبض بحكم البيع وهنا القبض المعاين للمراة فوجب ان يجعل قبضها اخرا ومتى جعل كذلك
صار كان المراة باعت اولا من المكاتب وقبض المكاتب ثم باع المكاتب من المراة وقبضته المراة ثم باع
المكاتب من الحر ولو كان كذلك لا يصح بيع المكاتب من الحر قيل لهذا الاصل عند محمد على الاطلاق في
جواب القياس فان جواب القياس عنده ان يجعل القبض المعاين اخر القبوض بحكم البيوع اذا
كان في جعله اخرا جواز العقد كلها او فساد البعض على ما ذكرنا اما في الاستحسان اذا كان
في جعله اخرا لحكم البيوع فساد بعض العقود لا يجعل القبض المعاين اخر القبوض وهنا لو جعل
اخر القبوض بحكم البيوع كان فيه فساد بعض العقود وهو بيع المكاتب من الحر فلهذا يجعل اخرا ومتى
لم يجعل اخرا تعذر ترتيب العقود بعضها على بعض فاعتبرنا هنا طريقا اخر حتى تصح العقود كلها و
يجعل كان المكاتب اولا باع من المراة وقبضت المراة ثم المراة باعت من المكاتب وقبض المكاتب
باع من الحر وقبض الحر ثم عاد العبد الى يد المراة بوديعة او اجارة او غصبت فيؤمر بالرد على الحر لان
البيع اذا احتمل الجواز والفساد يحمل على الجواز ولو كان الرجل الحر لم يقم البينة على انه اشتراه بوصيف
من المكاتب لكنه اقام البينة انه باع العبد وهو علكم من المكاتب بماية دينار وباقي المسالة بحالها
فالمسالة على وجهين وكل وجه ثلاثة اقسام على ما ذكرنا وبدا محمد بالوجه الاول وهو ما اذا اشهدوا الله
بالعقد دون القبض وبالقسم الاول وهو ما اذا كان العبد في يد الحر فنقول اذا كان العبد في يد الحر ذكر انه
تقبل بينة الحر على المكاتب ولا تقبل بينة المكاتب على المراة ولا بينة المراة على المكاتب عندهم
جميعا اما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فلما قلنا غير مرة من تعارض بينة المراة
على المكاتب وبينة المكاتب على المراة وخلو بينة الحر عن المعارض واما عند محمد فلان الاصل عنده
ان الشهود متى شهدوا بالعقد دون القبض يجعل صاحب القبض المعاين صاحب اول العقود فكان
الحر اول البايعين فيصير كان الحر باع اولا من المكاتب ولم يسلم ثم باع المكاتب من المراة قبل القبض
فلا يصح ثم باعت المراة من المكاتب فان قيل الاصل عند محمد ان يجعل القبض المعاين اول القبض
بحكم العقود المشتبهة فيصير كان المكاتب او المراة باع منه اولا قيل له نعم لكن حالة الامكان ولا
امكان هنا لانه انما يمكن ذلك اذا جعلنا كان المكاتب او المراة باع من الحر اولا وقبض ولا يمكن
لانهما لم يدعيا البيع من الحر فلم يثبت على الحر عقد يكون القبض العقد كذلك العقد فلم يمكن ترتيب هذا الاصل

الاصل فاعتبر اصلا اخر وهو ان يجعل صاحب القبض المعاين صاحب اول العقود لان القبض مما يوكد البيع ويثبت القدرة
على التسليم والمبيع المتاكد كالمتاكد حكما لانه كما يجب القضا بالمتاكد في المسائل وبهذا لو قام احدهما البينة على البيع
والاخر على الهبة على ثالث كان القضا بالبيع اولى لتاكده وكذا لو اقام احدهما البينة على الشرا والاخر على الشرا
والاعتاق او فروعه كان القضاء بالملك الموكد بالاعتاق وفروعه اولى طعن عيسى بن ابان في هذه المسالة
على محمد رحمه الله وقال يجب ان يقضي ببيع المراة من المكاتب لا ببيع الحر من المكاتب قياسا على
ما ذكرنا قبل هذا في الباب المترجم بباب الشهادة في البيوع من اثنين فانه ذكر ثمة في
رجلين ادعيا بيع العبد من المراة والعبد في يد احدهما وادعى كل واحد منهما ان العبد عبده
باعه من هذه المراة وهي تجحد واقاما البينة فانه يقضى ببيع الخارج الذي ليس العبد في
يده من المراة لانهما ادعيا البيع منه فكان محتاجين الى اثبات الملك لنفسه فيما باع ثم
فيقضى به للخارج وببيعه منها لان تحت البيع اثبات الملك لنفسه فيما باع فيقضى
به للخارج وببيعه منها فعلى قياس تلك المسالة ينبغي ان يقضى ببيع المراة من المكاتب لكن
هذا الطعن لا يتاتى على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لانه لا بينة للمراة عندهما
اذا كان المكاتب يدعي على المراة مثل ما يدعي المراة على المكاتب بحكم التعارض على ما ذكرنا وانما
يتاتى على قول محمد لان عنده للمراة والجواب عن الطعن اختلف المشايخ فيه منهم من قال في
المسالة روايتان فصارت تلك المسالة وهذه المسالة على الروايتين فهذا القايل لا يحتاج الى
الفرق وقال الفقيه ابو بكر البلخي رحمة الله الصحيح ان بين المسالتين فرقا والفرق ان في
تلك المسالة انما قضى بجواز بيع الخارج لانه يحتاج الى اثبات الملك في العبد بالبينة ليجوز
بيعه ويصل الى الثمن لان ملكه غير ثابت في العبد لا باليد ولا باقرار المراة فصار هو مثبت
الملك في العبد اولا ليجوز بيعه وذو اليد اثبت كذلك لكن الخارج مع ذي اليد اذا اقاما البينة على
الملك المطلق تقبل بينة الخارج ويقضى له فصار كان الخارج تفرد باقامة البينة اما هنا الخارج
وهو المراة لا تحتاج الى اثبات ملكها في العبد ليجوز بيعها لان الملك لها ثابت في العبد باقرار الحد
الذي العبد في يده لانه يقر بالملك للمكاتب والمكاتب يقر بالملك للمراة فلا يكون لها حاجة الى اثبات
الملك وانما الحاجة الى اثبات العقد فكانت بينة كل واحد منهما مسموعة على اثبات البيع لا
على اثبات الملك فكانت بينة ذي اليد اولى لانه بيعه اكد لانه يثبت بيع شي في يده ويقدر على
تسليمه والمراة والمكاتب يدعيان بيع ليس في ملكهما ولا يدهما فكانت بينة اكثر اثباتا فكان اولى
بالقبول واما القسم الثاني من هذا الوجه وهو ما اذا كان العبد في يد المكاتب والمسالة بحالها ففي
قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف الجواب في هذا القسم كالجواب في القسم الاول انه يسقط بينة
المراة والمكاتب للتعارض ويقضى ببينة الحر بيعا من المكاتب وهذا بخلاف ما ذكر في باب الشهادة
في البيوع من اثنين ان رجلين لو ادعى كل واحد منهما بيع عبد من ثالث وهو الذي العبد في يده ابنه
يقضى بالبيعين والثمنين لهما وهنا لم يجعل كذلك وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع لان ثمه
ذا اليد لا يعارض بينة احدهما وهنا عارض بينة المراة فسقطت ببينته واما عند محمد ذكر انه يقضى بالعبد كله

للمكاتب نصفه بالشرى من الحر ونصفه بالشرى من المراة ويقضى على المكاتب لكل واحد منهما بنصف الثمن
الذى ادعى ثم يقضى بعد ذلك بالعبد كله للمراة بشرائها من المكاتب ويقضى على المراة للمكاتب بالثمن
الذى ادعاه المكاتب ويومر بتسليم العبد الى المراة اما يقضى بالعبد كله للمكاتب شرا منهما لان العبد
فى يد المكاتب وقد تنازع فيه خارجان ادعى كل واحد منهما ان العبد عبده باعه من المكاتب واقاما
البينة على ذلك ولا مزية لاحدهما على الاخر فيقضى بالعبد كله شرا بينهما وانما يقضى بالعبد
كله للمراة شرا من المكاتب لان المكاتب صار بايعا جميع عبده من المراة بعد ما اشترى وقبض ولا خيار
للمكاتب وان كان اشترى من كل واحد منهما جميع العبد ولم يسلم له الا نصفه لان الخيار قد
ثبت له الا انه لما باع من المراة سقط خياره فان قيل لم قدمتم شرا المكاتب منهما على بيعه قيل له لان الا
الاصل عند محمد ان الشهود متى شهدوا بالعقود دون القبوض ولاحدهم قبض معاين نجعل القبض
المعاين اول القبوض بحكم العقود اذا امكن وانما يصير قبض المكاتب اول القبوض اذا قدمنا شراه
على بيعه فان قيل وجب ان يقضى على المكاتب لكل واحد منهما بجميع الثمن كما قلنا فى باب الشهادة
فى البيوع من اشترى انه يقضى لكل واحد منهما بجميع الثمن لانه لا حاجة الى القضا بالملك ليتمكن
كل واحد منهما من التسليم لان العبد مسلم انما الحاجة الى القضاء بالثمن ويجوز ان يستحق على كل
واحد منهما جميع الثمن بسبب عين واحد فيقضى كذلك هنا والدليل عليه انه ذكر بعد هذا فى
الوجه الثانى وهو ما اذا شهدوا بالبيوع والقبوض فى هذا القسم انه يقضى على المكاتب لكل واحد
منهما بجميع الثمن وروى هشام عن محمد رحمهما الله فى جارية فى يد رجل ادعى رجلان كل واحد
منهما يزعم انه باعها منه بالف درهم وهو على انه بالخيار فان امضيا البيع لزم المشترى
لكل واحد منهما الف درهم وان امضى احدهما البيع ولم يمض الاخر فللذى امضى البيع نصف
الثمن وللذى امضى البيع نصف الثمن وللذى لم يمض ان ياخذ الجارية كلها وان لم يمض واحد منهما
البيع اخذ الجارية بينهما نصفين ولا شى على المشترى اما اذا امضا لان كل واحد منهما اثبت بالبينة
السبب الموجب لكل الثمن وهو البيع الا انه قرن به المانع وهو الخيار فاذا اسقط ارتفع المانع فيجب
لكل واحد منهما جميع الثمن كما لو ادعيا البيع بغير خيار واما اذا امضى احدهما فلانه لو ساعده صاحبه
استحق جميع الالف لانه سلم للمشترى جميع الجارية فاذا لم يساعده لم يستحق على المشترى الا
نصف ما يستحق عليه عند سلامة الجارية له وانما سلمت الجارية للذى لم يمض لانه لم يبق للذى
امضاه منازعة معه واما اذا لم يمض واحد فلان التنازع وقع فى العين لا فى الثمن وتضايق
العين عن الحقين فيكون بينهما قيل له ما ذكر هنا جواب القياس وما ذكر ثمة جواب الاستحسان
وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان ثمة وعلى هذا ما ذكر فى مسالة الخيار جواب
الاستحسان ايضا وفى الامالى عن محمد دار فى يد رجل ادعاها رجلان واقام كل واحد
منهما البينة انها داره اجرها اياه شهرا بعشرة دراهم وقد سكنها الذى فى يده فانهما ياخذان
الدار بينهما نصفين وياخذان العشرة نصفين وينبغى فى القياس ان ياخذ كل واحد منهما
عشرة اما الدار بينهما لاستوائهما فى الحجة وضيق المحل عن ايفا العين و

ويشتركان فى العشرة لان كل واحد من البينتين اوجبت ما اوجبته الاخرى وليست احديهما
باولى من الاخرى ووجه القياس ان كل واحد منهما ادعى على صاحب اليد عشرة واثبتها بالبينة
ولا تضايق فى الذمة فعلى هذا ما ذكره هنا جواب الاستحسان وما ذكر ثمة جواب القياس
وهو قول بعض المشايخ ثم الفرق ان ثمة كل واحد منهما يدعى ثمن مبيع مقبوض فيكون المقصود
استحقاق الثمن واستحقاق الثمنين ممكن على ما ذكرنا واستقام تحقيق القبض فى تلك المسالة
لان ثمة وضع المسالة فيما اذا كان ذو اليد جاحدا فكان غاصبا ويد الغصب تنوب عن القبض
الذى يفتقر اليه البيع لان فى زعم ذى اليد ان يده ليست يد ملك بل الملك لغيره لكنه يحبس
العين الا استيفا ماله من الثمن على المراة فاشبه يد المرتهن وذو اليد يصلح لاستيفا القبض
المستحق بالعقد ومتى تعذر تحقيق القبض احتجنا الى ما يقع تسليمها ابتدا وانه لا يقع الا تسليم واحد
ظاهر فلا يستحق به الا ثمن واحد واما القسم الثالث من هذا الوجه وهو ما اذا كان العبد فى يد المراة والمسالة
بحالها تقبل بينة الحر على المكاتب ويقضى له على المكاتب بمائة دينار وتبطل بينة المراة على
المكاتب وبينة المكاتب على المراة بالاجماع على اختلاف التخريج اما عندهما فلانهما ترجحتهما وخلو
بينة الحر عن المعارض واما عند محمد فلان الحر مع المراة ادعى منهما ان العبد عبده باعه من المكاتب
والعبد غير مسلم الى المشترى وهو المكاتب فكان الحر محتاجا الى اثبات الملك ليمكنه التسليم فكانت
بينة مسموعة على اثبات الملك المطلق له لانه خارج والمراة صاحبة اليد فلا تقبل بينتها واذا لم
تقبل صار كان الحر تفرد باقامة البينة على ما ادعى فيقضى به للمكاتب ثم المكاتب صار بايعا من المراة
والمراة من المكاتب قبل الملك وقبل القبض فكان باطلا واما الوجه الثانى وهو ما اذا شهدوا بالعقود
والقبوض جميعا ففى القسم الاول من هذا الوجه وهو ما اذا كان العبد فى يد الحر ففى قياس قول
ابى حنيفة وابى يوسف الجواب فيه كالجواب فى هذا القسم من الوجه الاول لانه لما تهاترت بينة المكاتب
والمراة صار كان الحر تفرد باقامة البينة على ما ادعى فوجب القضا ببينته فصار كان الحر باع
من المكاتب وقبض المكاتب ثم عاد الى يد الحر بسبب من الاسباب فيومر بالتسليم الا ان
يدعى لنفسه حقا من رهن او اجارة واما على قياس قول محمد ذكر انه تقبل البينات ويقضى بجواز البيوع
كلها ويومر الحر بتسليم العبد الى المكاتب الا ان يدعى لنفسه حقا من رهن او اجارة لان الاصل
عنده ان يجعل القبض المعاين فى هذا الوجه اخر القبوض بحكم البيوع لكن هنا لا يمكن العمل بهذا
الاصل لانه لا يمكن ذلك الا وان يجعل كان المكاتب باع من المراة وسلم ثم المراة باعت من المكاتب و
سلمت ثم المكاتب باع من الحر وسلم والمكاتب لا يدعى البيع من الحر فتعذر العمل بهذا الاصل فاعتبرنا اصلا
اخر وهو ان فى تقديم بيع الحر جواز البيوع كلها فيصير كان الحر باع من المكاتب وسلم ثم المكاتب باع
من المراة وسلم ثم المراة من المكاتب وسلمت ثم عاد العبد الى يد الحر بسبب من الاسباب وفى تقديم بيع
بيع المكاتب او المراة فساد بيع الحر لان الحر يصير مقضيا عليه ببينة المكاتب او المراة لانه انكر ان يكون
العبد للمكاتب او المراة فى القديم وادعى انه له فى القديم والمقضى عليه متى اقام البينة على ملك مطلق لا تقبل

نكان تقديم بيع الحر وترتيب بيع المكاتب عليه وترتيب بيع المراة عليه اولى وهنا الا انا لو راعينا
اليد لا يمكن تصحيح العقود كلها ولو راعينا العقود لا بد من نقض القبض ونقضه اولى من ابطال
العقد لان العقد شي قامت عليه الحجة والقبض شي لم تقم عليه الحجة ولانه انما يجب مراعاته اذا كان
يدعيه صاحب اليد وذو اليد لا يدعيه بل يقر لغيره واما القسم الثاني من هذا الوجه وهو ما اذا
كان العبد في يد المكاتب والمسالة بحالها ففي قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف الجواب في هذا القسم
كالجواب في القسم الاول وهو انه يقضى ببيع الحر من المكاتب وتبطل بينة المراءة على المكاتب وبينة
المكاتب على المراة بحكم التعارض الا ان ثمة يومر الحر بتسليم العبد الى المكاتب لانه غير مسلم
وهنا وجد التسليم وفي قياس قول محمد الجواب في هذا القسم كالجواب في القسم الاول لكن بطريق
اخر وهو ان الاصل عنده ان يجعل القبض في هذه الوجه اخر المقبوض بحكم البيع ما امكن وهنا امكن
بان يجعل كان الحر باع اولا من المكاتب باع من المراة باعت من المكاتب وسلمت فتصح العقود
وفيه تقرير القبض المعاين فتقبل البينتان ويقضى بالبياعات وبالاثمان واما القسم الثالث من
هذا الوجه وهو ما اذا كان العبد في يد المراة والمسالة بحالها ففي قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف
الجواب في هذا القسم كالجواب في قسم الثاني والاول من انها ترد بينة المراة على المكاتب وبينة المكاتب
على المراة فيترك العبد في يدها قضا ترك ويقضى للحر بالثمن على المكاتب لان الحر لا يدعي الملك
في العبد في هذه الصورة وانما يدعي الثمن على المكاتب لا غير ولا يتعرض لملك المبيع ولا حاجة اليه لانه
مبيع مقبوض مستهلك في حقه والدعوى في مبيع مقبوض دعوى الثمن لا غير ولهذا لا تتقوى بينة
المكاتب ببينة الحر لانه لا يدعي الا الثمن ولكن للقاضي القضا بالثمن واما على قياس قول محمد الجواب
في هذا القسم كالجواب في القسم الثاني والاول لكن بالطريق الذي قلنا في القسم الاول وهو انه لا يمكنه الجري
على اصله بجعل القبض المعاين اخر المقبوض بحكم العقود كان المراة باعت من المكاتب وقبض ثم المكاتب
باع منها وقبضت فلا يجوز بيع الحر من المكاتب فلا وجه الى تصحيح العقود مع تقرير القبض فوجب
التخريج على اصل اخر فيه تجويز البياعات كلها فيجعل كان الحر باع اولا وسلم ثم المكاتب ثم المراة من المكاتب
وقبض ثم عاد الى يد المراة على ما ذكرنا وكان ينبغي ان لا يتعرض للملك عنده ايضا لانه دعوى الثمن لكون
المبيع مقبوضا كما اذا ادعى اثنان بيع عبد من صاحب اليد الا انا نقول ثمة امكن القضا بالثمن لكل واحد منهما
من غير ان يقضى بزوال يد ذي اليد في الحال فاستقام تقريره وفيما نحن فيه لا يستقيم القضا بالاثمان بالعقود
كلها مع تقرير يد المراة فوجب نقضه ضرورة ثم وضع محمد المسالة فيما اذا لم يكن المبيع في يديهم والدعوى في
الشرا فقال عبد في يد رجل ادعى مكاتب انه عبده اشتراه من هذه المراة بثمن معلوم وادعت المراة انه عبدها اشترته
من هذا المكاتب بثمن معلوم واقاما البينة ولم يورخا والذي في يده العبد ينكر ذلك ويقول العبد عبدي ذكر انه في قياس
قول ابي حنيفة وابي يوسف تبطل البينتان جميعا في الوجهين اعني ان شهدوا بالشرا دون القبض او شهدوا بالشرا
والقبض لان كل واحد منهما ادعى على صاحبه مثل ما ادعى عليه صاحبه واستوت بينتهما في الاثبات فتهاترتا ويترك
العبد في يدي ذي اليد قضا ترك فان قيل وجب ان يقضى بالعبد بينهما نصفين لان كل واحد منهما ادعى الملك
والشرا على صاحبه واقاما البينة على جميع ذلك والشرا مما لا يجوز القضا به لمكان التعارض واستحالة وجودهما في زمان

في زمان واحد والملك مما يجوز القضا به الا ترى انهما لو ادعيا الملك لا غير يقضى بينهما نصفين وقد علم انهما متى
اقاما البينة على ما يجوز القضا به وعلى ما لا يجوز يقضى بما يجوز القضا به عملا بالبينة بقدر الامكان قيل لم نعم
لكن كل واحد منهما ادعى الملك بسبب الشرا وقد تعذر القضا بالشرا للتعارض فتعذر القضا بما في ضمن الشرا وهو ملك
العبد وهذا لان القضا بملك العبد مطلقا بخلاف القضا بملكه في ضمن الشرا والقضا بملكه مطلقا اقوى من
القضا بملكه بسبب الشرا ولهذا لو ادعى الملك بسبب الشرا وشهدوا بالملك المطلق لا تقبل لانهم شهدوا باكثر مما
ادعاه المدعي فلو قضى بالملك بينهما بغير الشرا كان قضا بغير حجة بالنسبة الى تلك الزيادة وانه لا يجوز وهذا لانه
متى ادعى شيا بسبب وتعذر اثبات السبب لا تصح دعوته ولا يقضى له بشي كما لو ادعى الارش بسبب قطع اليد ويده
صحيحة الا ترى انهما لو تصادقا ان له عليه الف بسبب انه اشترى منه الخمر او الخنزير او الميتة لا يقضى عليه بشي ولا
تبطل الجهة وكذا لو اقام البينة ان له عليه الف من ثمن الخمر كذلك واما في قياس قول محمد ذكر انه يقضى بالعبد
بينهما نصفين لانه تعذر ترتيب احد العقدين على الاخر لانه ليس لاحدهما قبض معاين حتى يجعل قبضه
او القبضين اواخرهما وتعذر تقديم احد الشراين على الاخر تحريا لصحتهما لان اي العقدين قدمناه على
الاخر يجعله لانه يصير بايعا من صاحبه ما اشتراه قبل القبض وانه باطل وتعذر القضا بالعقدين معا لانه
محال فوجب القضا بينهما نصفين لانه حكم الشرا كما لو ادعيا الشرا من واحد ولم يورخا وليس العبد في يد
احدهما الا انه اذا شهد الشهود بالعقدين والقبض يقضى لكل واحد منهما بنصف الثمن على صاحبه ويتقاصان
ان كانا سوا لانه لم يسلم كل واحد منهما الى صاحبه ما باع منه الا النصف ولم يذكر هنا انه هل يخير كل واحد منهما في ان ياخذ
النصف بنصف الثمن او يترك وذكر بعد هذا ووضع المسالة فيما اذا ادعى كل واحد منهما انه باع من صاحبه
وقال يخير كل واحد منهما فمن المشايخ من قال التخيير ثمة لا يكون تخييرا هنا ومنهم من قال يكون وهو الاصح لان
الموجب للتخيير قائم وهو انه اشترى الكل ولم يسلم له الا النصف فيقال لكل واحد منهما ان شئت اخذت النصف
بنصف الثمن وان شئت تركت واذا شهدوا بالشرا والقبض جميعا يقضى لكل واحد منهما على صاحبه بجميع الثمن
الذي ادعاه لانه اثبت ببينته انه مسلم جميع المبيع ولانه يمكن القضا بشرايين في زمانين لوقوع الشرا الثاني
بعد القبض ثم وضع محمد المسالة في دعوى البيع فقال اذا ادعى المكاتب ان العبد عبده باعه من هذه المراة بالف
درهم وادعت المراة ان العبد عبدها باعته منه بالف درهم واقاما البينة ولم يورخا ذكر ان على قول ابي حنيفة وابي
يوسف الجواب في دعوى البيع كالجواب في دعوى الشرا في الوجهين جميعا اعني شهدوا بالقبض او شهدوا بالشرا
والقبض فتهاترت البينتان وترك العبد في يد ذي اليد قضا ترك هكذا ذكر هنا وقد ذكر قبل هذا في باب
الاختلاف في البيع وهو الباب القصير ووضع المسالة في الدار وقال يقضى بالدار على قول ابي يوسف بين المتخارجين
نصفين وقد ذكرنا ثمة ان ليس في المسالة روايتان بل ما ذكر ثمة جواز القياس عنده وما ذكر هنا جواب
الاستحسان عندهما وقد مر وجههما ثمة والاصح ما ذكر هنا جواب الاستحسان لان الملك ليس بمدعى مقصودا
انما يدعي شرطا لامكان اثبات البيع ليصل الى الثمن بيعا فمتى بطلت البينة في حق المقصود بطلت
في حق المبيع وفي مسالة دعوى الشرا لا يقضى بالملك حكما للشرا باتفاق الروايات لان الملك لو ثبت
ثبت حكما للشرا حتى لم يقض بالشرا لا يستقيم القضا بالملك حكما له واما على قول محمد ذكر ان الشهود
اذا شهدوا بالبيع ولم يشهدوا بالقبض يقضى بالعبد بينهما نصفين ويقضى على كل واحد منهما بنصف
الثمن ويخير كل واحد منهما لما قلنا في دعوى الشرا وقد ذكر في الباب القصير ان عند محمد يقضى بالدار

بينهما ويقضي لكل واحد منهما على صاحبه بنصف الثمن ولم يقل انه يخير كل واحد منهما وقد ذكر ثمة اختلاف المشايخ في التوفيق بين المسالتين ثم ذكر محمد الخيار في هذه المسالة ولم يذكر في مسالة الشرا قال بعضهم الصحيح انه لا خيار ثمة لان كل واحد منهما ثمة ادعى الشرا على صاحبه فقد انكر الخيار له وفي مسالة البيع اقر كل واحد منهما بالخيار لصاحبه حيث زعم انه كل العبد ولم يسلم له ولانه لم يثبت عليه شيئا انما هو يثبت بنفسه لنفسه وفي البيع اثبت عليه وان شهدوا بالبيع والقبض جميعا يقضي بالعبد بينهما ويقضي بالعبد بينهما ويقضي لكل واحد منهما على صاحبه بجميع الثمن لانه ادعى عقدا في احكامه لما قلنا ثم وضع محمد في دعوى اذا كان الثمن على التفاوت بان ادعى الاكبر انه باع العبد من الاصغر بالف درهم وادعى الاصغر انه باع العبدين الاكبر بخمسمائة درهم واقاما البينة على ذلك ذكر انه في قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف الجواب فيه كالجواب فيما اذا كان الثمنان على السوا في الوجهين جميعا وبطلت البينتان بحكم التعارض واما على قول محمد ان شهدوا بالبيع ولم يشهدوا بالقبض فالجواب فيه كالجواب فيما اذا كان الثمنان على السوا وان شهدوا بالبيع والقبض جميعا فقضي بالبيعين ويترتب احدهما على الاخر فيقدم بيع الذي ادعى البيع بخمسمائة بخلاف ما اذا كان الثمنان على السوا لانه ان تعذر تقديم احد البيعين على الاخر بسبب عدم القبض فان العبد في يد احدهما امكن تقديم احد البيعين على الاخر تحريا للصحة لانا اذا قدمنا بيع الذي ادعى البيع بخمسمائة وجعلنا كانه باع اولا من صاحبه بخمسمائة وسلم اليه ثم ان الاخر باع منه بعد ذلك بالف صح البيعان جميعا لانه صار مشتريا ما باع باكثر مما باع قبل نقد الثمن بعد القبض صاحبه المبيع لكن قبل نقد الثمن فرتبنا البيعين على هذا الوجه لهذا بخلاف ما اذا لم يشهدوا على القبض لان بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز سوا كان باقل من الثمن الاول وباكثر ثم الان كان محمد يذكر المسائل فيما اذا كان يدعي كل واحد منهما على صاحبه مثل ما ادعى عليه صاحبه والان ذكر فيما اذا لم يدع كل واحد منهم على صاحبه مثل ما ادعى عليه صاحبه فقال اذا كانت الدار في يد رجل فاقام البينة انها داره باعها من هذا المكاتب بالف درهم واقام المكاتب البينة انها داره باعها من هذه المراة بالف درهم واقامت المراة البينة انها دارها باعتها من الحر الذي في يده بالف درهم ولم يورها ففي قول ابي حنيفة وابي يوسف البينتان كلها باطلة ويترك الدار في يد ذي اليد قضا ترك سوى شهد الشهود بالبيع ولم يشهدوا بالقبض او شهدوا بالبيع والقبض جميعا لان بينة كل واحد منهما تقتضي ان يكون بايعا وبينة صاحبه تقتضي ان يكون مشتريا وبينهما تناف لما مر فان قيل ينبغي ان لا تتهاتر البينتان عندهما هنا لا تعارض لان كل واحد منهما لا يدعي على صاحبه مثل ما يدعي صاحبه عليه بل يدعي على غيره بخلاف ما تقدم من المسائل لان كل واحد منهما يدعي على صاحبه مثل ما يدعي صاحبه عليه قلنا في تلك المسائل ما تهاترت البينتان باعتبار ان كل واحد منهما يدعي على صاحبه مثل ما يدعي صاحبه عليه بل لاجل التضاد والاستحالة وانه موجود هنا وان كان التهاتر ثمة لاجل ما ذكرتم فهذا لا ينفي التهاتر بعلة اخرى الا ترى ان في مسالة المكية والكوفية لا تدعي احدهما مثل ما تدعي صاحبتها ومع هذا تهاترتا وبيان التضاد

التضاد ان كل واحد منهما جعل بايعا ومشتريا في وقت واحد لانا متى جهلنا التاريخ يجعل كانهما وقعا معا هذا المعنى موجود هنا لان الحر اثبت ببينته ان الدار كانت له في القديم وانه باعها من المكاتب والمراة اثبتت ان الدار لم تكن للحر في القديم وانه اشترى الدار منها في ذلك الوقت وكذا المكاتب مع الحر فصارت هذه المسالة وما تقدمت في المعنى عندهما سوا واما عند محمد في الوجه الاول وهو ما اذا لم يشهدوا بالقبض يجوز بيع المراة من الحر وبيع الحر من المكاتب ولا يجوز بيع المكاتب من المراة لان عنده في هذه الصورة المعاين اول القبض بحكم العقد وانما يصير كذلك اذا قدمنا بيع المراة فصار كانها باعت الدار اولا من ذي اليد وسلمت اليه ثم الحر من المكاتب ولم يسلم ثم باع المكاتب بعد ذلك من المراة قبل القبض وبيع الدار قبل القبض عنده باطل وفي الوجه الثاني وهو ما اذا شهدوا بالقبض يجوز البيوع كلها لان عنده يجعل القبض المعاين في هذا الوجه اخر المقبوض بحكم البيع اذا كان فيه تصحيح العقود كلها قياسا واستحسانا فيجعل قبض الحر اخرا وانما يصير كذلك اذا جعلنا الحر اول البايعين واخر المشترين كانه باع وسلم ثم المكاتب باع وسلم ثم المراة باعت وسلمت فيقضي بالبيوع والاثمان كلها ثم وضع محمد رحمه الله المسالة في دعوى الشرا على هذا الوجه فقال لو كان الدار في يد رجل حر فاقام البينة انها داره اشتراها من هذا المكاتب بالف درهم واقام المكاتب البينة انها داره اشتراها من هذه المراة بالف درهم واقامت المراة البينة انها دارها اشترتها من هذا الحر الذي في يده بالف درهم ذكر انه على قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف البينات كلها باطلة وتترك الدار في يد ذي اليد قضا ترك شهدوا بالبيع دون القبض او بالبيع والقبض لان المعنى يجمع دعوى الشرا ودعوى البيع لان كل واحد منهم جعل بايعا ومشتريا في وقت واحد في دعوى الشرا كما جعل في دعوى البيع وفي قول محمد في وجه الاول وهو ما اذا لم يشهدوا بالقبض يصح العقدان ويبطل الثالث اما اذا كانت في يد الحر يجوز شرى الحر من المكاتب وشرا المراة من الحر ولا يجوز شرا المكاتب من المراة لانه يجعل القبض المعاين اول المقبوض بحكم العقد وانما يصير كذلك اذا قدمنا شرا الحر فصار كانه اشترى من المكاتب اولا وقبضها ثم اشترت المراة منه ولم تقبض اشترى المكاتب منها قبل القبض فيومر الحر بالتسليم الى المراة ويقضي له عليها بالثمن وان كانت في يد المكاتب يجعل كانه اشترى المكاتب من المراة وقبض ثم اشترى الحر منه فيومر بالتسليم اليه ولا يصح شرا المراة منه وان كانت في يد المراة يجعل كانها اشترت من الحر ثم اشترى المكاتب منه فيومر بالتسليم اليه ولا يصح شرا الحر منه لعدم القبض فيصح بيعان وشرا ان اذا لم يذكروا القبض لانه لا يمكن تصحيح اكثر من ذلك وان شهدوا بالعقد والقبض بالاشرية كلها مع تقرير القبض لان عنده في هذه الوجه القبض المعاين اخر المقبوض بحكم العقد اذا كان في جعله اخر تصحيح البيوع كلها قياسا واستحسانا وهنا كذلك فجعلنا المراة كانها اشترت من الحر اولا وقبضت ثم اشترت منها المكاتب وقبض ثم اشترى منه الحر وقبض فعادت الدار الى الحر بحكم الشرا وصحت الاشرية كلها امة في يد رجل جاء رجل وادعى انها له اشتراها من الخارج بالف درهم واقاما البينة على ادعيا ذكر انه على قول ابي حنيفة وابي يوسف بطلت البينتان شهدوا بالعقد دون القبض او بالعقد والقبض لمكان التضاد والاستحالة على ما ذكرنا وتترك الامة في يد ذي اليد

قضا نزلك وعلى قول محمد في الوجه الاول وهو ما اذا شهدوا بالعقد دون القبض يجوز شرى ذى اليد من
الخارج بالف ويبطل شرى الخارج من ذى اليد بخمسمائة لان الاصل عنده ان في هذه الصورة يجعل القبض
المعاين بحكم الشرا وانما يكون كذلك اذا قدمنا شرا ذى اليد من الخارج فيصير كان ذى اليد اشترى من
الخارج بخمسمائة قبل نقد الثمن فيصير مشتريا تاما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانه باطل وانما لم يجعل
القبض المعاين اخر القبضين لانه ليس فيه تصحيح العقد لانا لو جعلنا اخر القبضين يصير كان ذا
اليد باع من الخارج ثم الخارج باع منه قبل القبض فلا يجوز فاذا كان في الوجهين جميعا تصحيح احد
العقدين دون الاخر لا يترك الاصل الذى مهدناه لمحمد رحمه الله ولا يبطل القبض المعاين وفي الوجه
الثاني وهو ما اذا شهدوا بالشرا والقبض جميعا يجوز الشراان لان الاصل عنده ان يجعل القبض المعاين
في هذه الصورة اخر القبضين بحكم الشرا اذا كان فيه تصحيح العقود كلها قياسا واستحسانا
وانما يكون كذلك اذا جعلنا ذا اليد اول البايعين واخر المشتريين فيصير كان ذا اليد
باع اولا بخمسمائة ثم باع الخارج من ذى اليد بالف درهم وسلم فيكون مشتريا باكثر مما باع ثم
باكثر مما باع ثم وضع محمد المسالة فيما اذا ادعى ذو اليد الشرا بخمسمائة والخارج بالف واقام
البينة فعند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله تهاترت البينتان بكل حال وتركت ثم
الامة في يد ذى اليد قضا ترك وعند محمد رحمه الله يجوز العقدان اذا شهدوا بالشرا والقبض
لان عنده في هذه الصورة يجعل القبض المعاين اول القبضين بحكم الشرا وانما يصير كذلك
اذا قدمنا شرا ذى اليد فيصير كان ذى اليد اشترى اولا بخمسمائة وقبض ثم باع قبل نقد الثمن
وانه جائز فيؤمر ذى اليد بالتسليم الى الخارج وفي الوجه الثاني وهو ما اذا شهدوا بالعقد والقبض
فكذلك يصح العقدان ويجعل القبض المعاين اول القبضين بحكم الشرا حتى يصح العقدان و
وقد ذكر في اول الباب وقال شرا الذى في يده باطل وجعل القبض المعاين اخر القبضين
بحكم الشرا فيصير ذو اليد مشتريا بما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وقد ذكرنا المذكور في اول
الباب جواب القياس والمذكور هنا في اخر الباب جواب الاستحسان وقد ذكرنا وجه
القياس والاستحسان وغرضه من الاعادة هنا التفريع قال ولو ادعى اخر ايضا على الذى في
يده انه اشتراها منه بالف درهم فالحكم فيه هو التعارض بين بينة ذى اليد وبينة من
عارضه في ذلك فيقضى بها للاجنبى ببينته عند ابى حنيفة رحمه الله وابى يوسف لخلوها عن
المعارض وعند محمد يقضي بشرا ذى اليد اولا بخمسمائة ثم بشرائهما من ذى اليد لانهما ادعيا
الشرا منه ولا ترجيح لاحدهما على الاخر ويكون كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ النصف وان
شاء ترك ويكون على كل واحد منهما نصف الثمن لان التصحيح في هذا اكثر لانا لو بدانا بشرا
الذى نازع ذا اليد لا يصح شرا اخر بعده هذه هو القاعدة لمحمد رحمهما الله انه يجب تصحيح العقود
ما امكن صيانة للحجج عن الابطال وكذا اذا ذكروا القبض يجعل شرا صاحب اليد اسبق تحريا بالجواز
البيع والله اعلم ويلقب هذا الباب بالباب الطويل وفي هذا الباب مناقضات كثيرة على قول محمد
قال ابو الحسن الكرخي اظن ان هذا الباب ليس من تصنيف محمد بل هذا من تصنيف مخالفيه اوصلوه

او صلوه في هذا الكتاب تشنيعا عليه وذكر ابو المعين مكحول النسفي في اخر هذا الباب وقد طعنوا
على محمد في هذا الباب قريبا من ثمانين طعنا وذكر بعض المشايخ انه من تصنيف محمد
وسبب التناقض انه لما شرع في تصنيف هذا الكتاب قال للوكيل لا ترجع الي في حاجة
ولا تشغل خاطري بشيء وكلما احتجت الى شيء بع من مالي وانفق حتى الدار واذا بعت الدار
جينئذ اعلمني حتى اخرج منها فاتفق انه لما شرع في هذا الباب جاء الوكيل وقال بعت الدار
فاشتغل بالنقل وتفرق خاطره بسبب ذلك فوقعت المناقضات باب

ما يجوز اجارته وما لا يجوز وما يقع قبل القبض وما لا يجوز اجارته واعارته

اصل الباب ان كل ما يجوز بيعه وهبته قبل القبض لا يجوز اجارته واعارته لان الاجارة
بيع المنفعة والاعارة هبة المنفعة وهبتها ببيع العين وهبته بل اولى لان
العين تصير مملوكة بنفس العقد لانه تمليك العين والمنافع ولا تصير مملوكة الا
بالقبض لان المنفعة عرض لا تبقى زمانين ومعنى الملك فيها اطلاق الاستيفا واباحته وذلك
لا يكون الا باليد ولهذا يجوز بيع العقار قبل القبض عند ابى حنيفة وابى يوسف ولا تجوز اجارته
هو الصحيح لعدم ثبوت الملك في المنافع بالغصب لحدوثها في يد الغاصب وفعاله فلم تكن
مملوكة للمغصوب منه فلا يتصور الغصب فيها فلما لم يصح بيع العين مع وجوده وملكه فيه
حقيقة فلان لا يجوز بيع المنافع مع عدمه وعدم ملكه فيها اولى وهذا لان البيع اسرع نفاذا من الاجارة
ولهذا يجوز بيع المشاع وما لا ينتفع به في الحال كالمهر والجحش الصغير والارض السبخة وبيع
دار لا طريق لها وارض لا شرب لها ولا تجوز اجارة هذه الاشيا لما عرف انها جوزت بخلاف القياس
لمكان الحاجة الناجزة فما لا يقبل الانتفاع به في الحال لا يكون محلا للعقد بخلاف البيع والاجارة
قبل القبض بهذه الحال وفيه غرر بما يقبض ويسلم وربما لا ولا يعرف متى يقبض بخلاف الاجارة
المضافة فانها انما تنعقد عند وجود الوقت المضاف اليه ولا غرر فيه وهو منتفع به في ذلك الوقت
وعن محمد لو اشترى غلاما فلم يقبضه حتى وهبه لرجل او رهنه وامره بالقبض فقبضه جاز ولو اجره
ووكل المستاجر بقبضه لم يجز وكذا لو اشترى ارضا فاقتسماها قبل القبض لم يجز لان الهبة والرهن
يردان على العين وانها مملوكة له والاجارة ترد على المنفعة وانها ما دخلت في ملكه لانها
معدومة والقسمة قبل القبض لا تتصور فعلا وانما تتصور قولا وانها لا تصح قولا لان
الفرق بين البيع والهبة والاعارة ان هبة المبيع من البايع قبل القبض يكون فسخا والبيع
والاعارة لا لان الهبة تصح مجازا عن الاقالة يقال في الدعاء هب لي عثرتي كما يقال اقلني عثرتي ولا
يقال اعرني عثرتي والبيع وضع للتمليك لا للاسقاط وقد مر هذا وحرف اخر ان البايع لا يصلح
نايبا عن المشتري في قبض المبيع لان يده على المبيع يد نفسه وهي يد ملك ذكرنا ان العين كانت
مملوكة له رقبة ويدا الا انه بالبيع ازال ملكه عن الرقبة فبقي ملكه في حق اليد ولهذا لو هلك يهلك عليه
وفي حق الحبس لاستيفا الثمن فلا يصلح نايبا عن غيره ولانه يؤدي الى التضاد لانه يؤدي الى ان يكون
الواحد مسلما ومتسلما ولانه يعمل لنفسه بابرا نفسه عن ضمان المبيع فلا يصلح نايبا عن غيره وحرف اخر

ان من له الضمان اذا تصرف في المضمون تصرفا يوجب سقوط حقه في الضمان والضمان قابل للسقوط يسقط والا
فلا وابرا البايع عن ضمان المبيع باطل وابرا الغاصب عن ضمان القيمة صحيح لان الضمان انما يجب
في الغصب باعتبار التعدي فاذا رضي المالك بقبضه او ابراه عن الضمان فقد سقط وصف
التعدي عن قبضه فسقط الضمان غير انه ان رضي بقبضه بري عن الضمان كما رضي وان امره بالحفظ
لا يبرا ما لم يحفظ والمبيع انما يكون مضمونا بالثمن على البايع لقصور التمليك على معنى انه لا يتاكد الثمن
على المشتري الا عند تسليم المبيع اليه فمتى هلك المبيع قبل التسليم لا يبقى المشتري مخاطبا بتسليم
الثمن لانه عقد معاوضة تسليما فمتى لم يبق مخاطبا بالتسليم لم يكن في بقايه واجبا فايدة ويسقط
الثمن وهذا لا ينعدم بالرضا والابرا اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى عبدا ولم يقبضه
حتى اعاره او اجره من البايع لم يجز لانه لو وهبه او باعه اياه لم يصح فكذا اذا اعاره او اجره لما ذكر من
اعتبار تمليك المنفعة بتمليك العين وهذا لان المنفعة تابعة للعين والمنافع انما تحدث
باليد فلا يستقيم عليكم الان تجعل يد المستاجر والمستعير كيد الاجر والمعير كما اذا اعار
اجنبيا وامره بالقبض ولا يستقيم ذلك هنا لان البايع لا يصلح نايبا في قبض المبيع لما ذكرنا
على في الكتاب لانه في ضمان البايع وهذا اشارة الى ما قلنا ان يده لنفسه الان تتبدل يده حكما
فصار قابضا للمشتري وذلك لا يستقيم الا بعد خروجه من ضمانه وذلك لا يكون الا بالتسليم
حقيقة الى المشتري ولا يجوز ان تتضمن الاجارة او الاعارة منه ابراه عن الضمان حكما لانه انما يستقيم
ذلك في موضع يحتمل الابرا وانه لا يحتمل الابرا قصدا فانه لو قال المشتري للبايع ابراتك عن ضمان
المبيع لا يبرا فكذلك لا يبرا حكما ومع بقا يده لنفسه لا يمكن ان يجعل مسلما حكما لان بين كونه مسلما
ومتسلما منافاة ولان للقبض شبها بالعقد فيصير الواحد متوليا طرفي العقد في حالة واحدة وانه
لا يجوز بخلاف ما اذا اجر اجنبيا او اعاره منه وامره بالقبض فقبض حيث يصح لانه لا يؤدي الى
التضاد لانه لا يصير الواحد مسلما ومتسلما فيصير قابضا له بحكم الابرا او لانه يصير قابضا لنفسه
فتمت الاجارة والاعارة بعد قبض المشتري فصحت الا ترى انه لو وهب المبيع من البايع
لا يجوز ولو وهب لاجنبي وامره بالقبض يجوز كذلك هنا وانا لم يصح كان الحال بعد العقد كالحال
قبله فلو استعمله وهلك العبد يهلك على البايع وينتقض البيع ولا يجب الاجرة لان العبد مضمون
على البايع فلو وجبت الاجرة يودي الى الجمع بين الضمان والاجرة بمقابلة عين واحدة لشخص واحد
وانه باطل بخلاف الغاصب اذا اجر المغصوب من غيره فانه يجب الاجر وان كان العين مضمونا عليه
لان ثمة الاجر والضمان لا يجتمعان لواحد على واحد فان الضمان يجب للمالك على الغاصب والاجر
يجب على المستاجر وروى ابراهيم بن رستم عن محمد رحمهما الله في رجل اشترى عبدا فاجره قبل ان يقبضه او رهنه
او وهبه او تصدق به على رجل او باعه قال يجوز في الهبة والصدقة والرهن ولا يجوز في الاجارة والبيع
قال محمد رحمه الله كل شي بغير القبض فاذا فعله المشتري قبل القبض لا يجوز وكل لا يجوز الا بالقبض فاذا
فعله قبل القبض جاز فالهبة والرهن والصدقة لا تتم الا بالقبض فيتوقف تعلق حق الغير على وجود القبض
فيصح اما البيع والاجارة يصح من غير القبض لان المبتغى به الملك وقد حصل بنفس العقد فلا يقدر

فلا يقدر على اثباته لغيره الا بعد القبض وقال ابو يوسف في الامالي لو اشترى عبدا فلم يقبضه حتى
كاتبه او رهنه او اجره فللبايع ان يبطل ذلك كله فان لم يبطله حتى نقد الثمن فانه يجوز الكتابة اما الاجارة
والرهن فهو باطل لانه لا تجوز الاجارة والرهن فيما لا يجوز بيعه اما الكتابة تجوز فيما لا يجوز الاجارة و
الرهن فيما لا يجوز بيعه اما الكتابة تجوز فيما لا يجوز بيعه وقد ذكرناه قبل هذا ولو قال المشتري للبايع
مر العبد يعمل لي عملا فعمل له عملا صار المشتري قابضا حتى لو عطب من العمل او بعدما فرغ منه يهلك من
مال المشتري ويتقرر عليه الثمن لان البايع في امر العبد بالعمل رسول المشتري والبايع يصلح ان يكون
ناقلا كلام المشتري وعبارة الرسول كعبارة المرسل والعبد يصلح نايبا عن المشتري في قبض نفسه
الا ترى انه لو وكل العبد بان يشتري نفسه له من مولاه فاشترى يصح ويصير قابضا نفسه للموكل بنفس
العقد فصار كان المشتري قال للعبد اعمل كذا فعمل وهلك يهلك من مال المشتري لان المشتري يصير مستعملا
للمبيع والاستعمال بواسطة الانقياد قبض الا ترى ان من استعمل عبد غيره فهلك من ذلك العمل على المستعمل
حتى يضمن للمالك كانه قبض وهلك في يده الا ترى انه لو اشترى من رجل حنطة بعينها ثم امر البايع بان يطحنها
فطحنها البايع بامره فصار قابضا وصار كانه قبض وطحن بنفسه لانه فعل مضمون فيصير به قابضا
وكذا لو اشترى ثوبا وامر البايع ان يحرقه بالنار او امره بان يلقي المبيع في البحر ففعل يصير قابضا لانه
فعل مضمون وقد فعل بامره في ملكه فصار كانه فعل بنفسه رجل غصب من رجل عبدا ثم استاجره الغاصب
من مولاه جاز لانه لو باعه منه يجوز فكذا اذا اجره وبري عن الضمان حين وقعت الاجارة سوا كان العبد
بحضرتهما او لم يكن حتى لو هلك قبل الاستعمال او بعده يهلك امانة ويصير قابضا بنفس العقد حتى و
وجبت الاجرة من ذلك الوقت اما البراة عن الضمان لما ذكرنا من المنافاة بين الضمان والاجرة
لانه لو بقي الضمان يملكه من وقت الغصب فيكون ايجاب الاجرة بالانتفاع بملكه وانه لا يجوز وهذا لانه
بالاجارة قصد تبديل يده وانه بسبيل من ذلك قصدا فكذا حكما لتصرف يقتضي يدا تخالف اليد الاولى
الا ترى انه لو ابراه عن ضمان الغصب يصح بخلاف الاجارة من البايع لان يده لا تحتمل التبديل
ولهذا لو ابراه لا يصح وانما يصير قابضا بنفس العقد لان الاجارة تقتضي استحقاق يد لازمة
وقد وجد ما يصلح وفا بحقه بل اقوى منه وهو يد الغصب لان قبض الغصب ينوب عن قبض الشرا
فلان ينوب عن قبض الاجارة كان اولى واذا ثبت القبض وجب الاجر بقدر ما استوفى من العمل فلو
حبسه عن المالك بعد انقضا مدة الاجارة يجب عليه ضمانه لانه يصير غاصبا ابتدا حتى تعتبر قيمته يوم
المنع ولو اعاره من الغاصب جازت بمنزلة الاجارة لما ذكرنا حتى لو هلك في العمل للغاصب او بعد
الفراغ منه يهلك امانة وهو مضمون على الغاصب سالم يستعمله فرق بين الاجارة والاعارة في
الاجارة يبرا عن الضمان بنفس العقد وفي الاعارة لا يبرا الا بعد الاستعمال والفرق هو ان ضمان
الغصب انما يسقط عن الغصب باحد الامرين اما بالابرا صريحا او بوجود ما ينافيه لا محالة ولم يوجد
واحد منهما بنفس الاعارة اما الابرا فظاهر واما المنافي لا محالة لانه لم توجد قبل الاستعمال الا
مجرد الاعارة ولا منافاة بين الاعارة والضمان باعتبار ذاتهما لان الاعارة مع الضمان يجتمعان بحال
فان المستعير اذا خالف من حيث الفعل ضمن مع بقا الاعارة حتى لو عاد الى الوفاق يعود امينا ويبرا

عن الضمان الا انه اذا استعمل وجد المنافي للامانة وهو القبض للمالك لانه بالاستعمال وجد قبض المنفعة وتم عقد العارية وعقد العارية امانة وعقد الامانة اذا تم ينافي الضمان لا محالة لان الاذن بالقبض انما كان لمكان قبض المنفعة وانما يظهر الاذن بالقبض مطلقا عند تمام العقد والاذن اذا ظهر مطلقا صار المستعير قابضا للمالك من وجه من حيث انه يحفظ ملكه بامره وقبض المالك ينافي الضمان لا محالة ثم ولانه بالاستعمال يصير مستوفيا المنافع المملوكة لنفسه ومن المحال ان يستوفي المنافع المملوكة لنفسه ويجب عليه ضمان العين الا ان قبض المنافع لا يكون الا بالاستعمال فيشترط الاستعمال ليوجد القبض لانها هبة المنفعة والاجارة ايضا لا تنافي في ضمان العين لما قلنا الا انه كما فرغ من العقد يجب عليه من الاجرة وانه ينافي ضمان العين ولان الاعارة لا تقتضي يدا على العين حتى تقع باليد القائمة التبدل الا لضرورة الانتفاع فان الانتفاع على ملك المالك باذنه يقتضي ان يكون يد المنتفع كيد المالك حتى يستقيم ان يجعل تمليكا منه للمنافع ولا ضرورة قبل ذلك فبقيت اليد كما كانت بخلاف الاجارة لانها عقد لازم يقتضي يدا لازمة وقد وجد ما يصلح وفا بذلك المستحق فتبدلت بيد ضرورة رجل رهن عبدا من رجل ثم اجره من المرتهن جاز لانه لو باعه منه جاز فان كان العبد بحضرة المرتهن حتى صار قابضا بحكم الاجارة فوجب الاجر بمضي المدة بحاسبه ولا اجر وان قيل ينافي الضمان فبطل الرهن وان لم يكن بحضرتهما فهو على الرهن حتى يقبضه لان قبض المرتهن لا ينوب عن قبض الاجارة كما لا ينوب عن قبض الشرا فلو هلك العبد قبل تجديد القبض تبطل الاجارة ويهلك على المرتهن بدينه ولم ينفسخ بالاجارة قبل القبض لان الاجارة قبل القبض لان الاجارة قبل القبض غير متاكد فلا ينقض الرهن المتاكد وهذا لان ضمان الرهن ثبت بالقبض فلا ترفع بالقول الا ترى انهما لو تقايلا الرهن لا يبرا من ضمانه الا بالتسليم فكذا الاجارة فان قيل يجب ان ينوب قبض الرهن عن قبض الاجارة لان قبض الاجارة قبض امانة وقبض الرهن ينوب عن قبض الامانة الا ترى انه ينوب عن قبض الهبة بخلاف الشرا لانه قبض ضمان قيل له قبض الاجارة وان كان امانة في حق العين فهو قبض ضمان في حق المنفعة تصير مضمونة على المستاجر بعد القبض فوجب اعتبار الاجارة بالشرا من هذا الوجه ولان الاجارة لازمة من الجانبين والرهن وان كان لازما من جانب الراهن فهو غير لازم من جانب المرتهن فلا ينوب غير اللازم عن اللازم فاذا جدد القبض او وصل اليه يصير قابضا بحكم الاجارة فرق بين الرهن والغصب فانه قال في الغصب يبرا عن الضمان بنفس الاجارة والفرق ما ذكرنا ان قبض الغصب ينوب عن الاجارة فلا بد من وجوب شيء من الاجر بحسنا ما مضى من المدة بعد الاجارة وانه ينافي الضمان اما قبض الرهن لا ينوب عن قبض الاجارة فلا يجب شيء من الاجارة بمضي المدة بعد الاجارة ما لم يجدد قبضا فلم يوجد المنافي للضمان واذا جدد القبض وبطل الرهن لا يعود رهنا بمضي مدة الاجارة لان يد الاجارة يد لازمة وهي مخالفة ليد الرهن فابطل الاستحقاق الثابت بحكم الرهن فبطل العقد ضرورة ولو استعاره المرتهن من الراهن جازت الاعارة ولو عطب من العمل فلا ضمان على المرتهن ويهلك امانة اما جواز الاعارة فلانه لو وهبه منه جاز واما عدم وجوب الضمان اذا هلك فلان استعمال المرتهن باذن الراهن كاستعمال الراهن ولو

ولو استعمل الراهن فعطب من العمل لا يضمن المرتهن فكذا اذا استعمل المرتهن باذنه وان مات قبل العمل او بعد ما مات بالرهن لان بعد الفراغ يعود حكم الرهن لان العارية لا تقتضي استحقاق اليد فلا يتعدى الى ابطال استحقاق يد المرتهن وهو الحكم بعقد الرهن فيبقى الرهن على حالة الا انه لا يبقى في يده بحكم الرهن في حالة الانتفاع فاذا فرغ منه وهو في قبضه والعقد قائم يعود ضمان الرهن كما لو اعار غير المرتهن فانه لا يبطل الرهن الا ترى انه لو اعار المرتهن من الراهن لا يبطل الرهن كما لو اعار من غيره فكذا اذا اعار الراهن من المرتهن فرق بين الرهن والغصب فانه قال في الغصب اذا هلك بعد الفراغ من العمل يهلك على المالك والفرق ان الغاصب في الاستعمال برئ عن الضمن وصار امينا في العبد وصار الفراغ من العمل لم يوجد سبب الضمان لانعدام سبب يجعل العبد مضمونا عليه فبقي امينا وفي الرهن وجد لان الاعارة لم تبطل الرهن لانها دونه فانهما غير لازمة من الجانبين والرهن لازم من جانب الراهن والشيء لا يرفع ما هو دونه واذا بقي عقد الرهن كان هذا قبض مرتهن وقبض المرتهن قبض ضمان وان حصل باذن المالك فقد وجد سبب يجعل العين مضمونا عليه فيهلك بالدين ولان في الغصب الضمان كان واجبا باليد واليد قد بطلت بالاعارة وفي الرهن الضمان وجب بحكم العقد والعقد قائم وفرق بين الاعارة وبين الاجارة فان الاجارة اذا هلك العبد بعد الفراغ من العمل يهلك على الراهن وفي الاعارة يهلك على المرتهن والفرق ما ذكرنا ان الرهن ينفسخ بالاجارة بعد القبض لان الاجارة فوق الرهن لانها لازمة من الجانبين والرهن لازم من احد الجانبين والشيء يجوز ان يرتفع بما هو فوقه فاذا انفسخ فبعد الفراغ لم يكن قبضه قبض المرتهن فلم يوجد سبب يجعل العين مضمونا اما العارية دون الرهن فلا ينفسخ الرهن في العيون هشام عن محمد في رجل باع غلاما وقبضه المشتري ثم اقاله ثم ابرا البايع من الثمن والغلام عند المشتري فالبراة جائزة فان مات الغلام فلا شيء على المشتري لانه كان مضمونا بالثمن وقد ابراه وان كان البيع فاسدا فتناقضا ثم ابراه من القيمة ثم مات الغلام فهو ضامن القيمة لانه صار ضامنا لرقبة الغلام بمنزلة الغاصب وان قال ابراتك عن الغلام فهو بريء وهو بمنزلة المستودع اشار الى العلة في المسالتين لان حكم الضمان انما يثبت الثمن في مقابلة المبيع والمبيع في مقابلة الثمن فاذا وقف البراة عن احدهما انقلب الاخر امانة في يده وهو غير متعد في السبب والقبض حصل باذن شرعي فلم يبق لوجوب الضمان سبب فبقي العين امانة في يده بخلاف البيع الفاسد لان السبب غير مشروع فالبراة عن البدل وان حصلت بقيت العين في يده مقبوضة بطريق غير مشروع فلزمه ضمان التعدي كما بالغصب ولو ان رجلا غصب من رجل عبدا ثم ان المغصوب منه امر الغاصب ببيعه فقبل الوكالة لا يبرا عن الضمان حتى لو هلك في يده قبل البيع او بعد البيع قبل التسليم يهلك عليه بالقيمة لانه ليس من ضرورة صحة التوكيل تبدل اليد لان قيام اليد ليس بشرط لصحة التوكيل فانه لو وكله ببيع شيء ولم يسلم اليه صح التوكيل واذا لم يكن قيام يده شرطا لا يكون قيام وصف الامانة في اليد شرطا بطريق الاولى وهذا لان الوكالة طلب الامتثال والامتثال باق بدون

اليد ومتى لم تتبدل اليد ضمينا كما كان فان قيل الوكالة امانة فوجب ان يبرا بالوكالة كما يبرا بالاعارة
قلنا انه امين في الثمن لا في المبيع لان المبيع في ضمانه ويجوز ان يكون وكيلا ولا يكون امينا كما اذا
وكله ببيع عبده ولم يسلمه اليه يصير وكيلا ولا يصير امينا حتى لو قبض العبد قبل البيع فهلك في
يده يضمن ولو باعه يجوز وكذلك الاجارة لان الاجر لا يجب الا بالتسليم فاذا وجد التسليم و
التسليم يخرج من الغصب وهذا لان الغاصب لا يبرا عن الضمان الا بالابرا او بما ينافي الضمان
والبيع والامر به ليس بابرا ولا منافي اما ليس بابرا فظاهر وليس بمنافي لان الامر بالبيع مع الضمان
ما يجتمعان بحال الا ترى ان الوكيل بالبيع اذا خالف من حيث الفعل بان استعمل العبد يصير
مضمونا عليه وبقيت الوكالة حتى لو باع بعد ذلك يصح وصار بمنزلة ما لو امره المالك بان
يقضي بالغصب دينا على المالك او يدفعه الى غيره لا يبرا عن الضمان واما البيع فلان بيع
الغاصب بامر المالك لا يكون اعلى حالا من بيع المالك بنفسه ولو باع المالك بنفسه لا يبرا
الغاصب عن الضمان ما لم يسلم وهذا لان الغاصب انما يبرا عن الضمان اذا صار المالك مستردا
من يده وبنفس البيع لا يصير مستردا من يده الا اذا باع وسلم فحينئذ يصير المالك مستردا بيد
المشتري فان باع ولم يسلم حتى وجد المشتري به عيبا فرده قبل القبض فهو ضمان الغاصب لما
قلنا بخلاف ما لو باع وسلم ثم رده المشتري بالعيب على الغاصب فهلك في يده فانه يهلك امانة
لا بالتسليم الى المشتري برئ عن الضمان لان تسليمه بامر المالك كتسليم المالك والمالك لو سلم برئ
الغاصب عن الضمان كذا هذا فعلى هذا اذا قال المغصوب منه للغاصب اودعتك المغصوب او امرتك بحفظه
ثم هلك في يده لقائل ان يقول يجب ان يضمن لانه لم يبرئه عن الضمان ولم يوجد ما ينافيه فان المتنافيين
لا يجتمعان بحال والامر بالحفظ مع الضمان يجتمعان عندنا فان الامين اذا خالف صار
ضامنا بقي الامر لو عاد الى الوفاق يبرا عن الضمان والله اعلم

باب

من بيع اهل الذمة والمسلمين ما يحرم بيعه بعد ما يسلم النصراني اصل الباب ان المسلم ممنوع عن تمليك
الخمر وتملكها لقوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه مامور با
الاجتناب منهي عن الاقتراب والاعزاز وفي البيع اعزاز واقتراب فكل قبض تجرد عن معنى التمليك
والتمليك يمنع عما يشبهه ترجيحا للحرمة احتياطا والقبض بحكم البيع يشبه البيع لانه يفيد ملك
التصرف ويؤكد ملك الرقبة فما لا يكون محلا للعقد لا يكون محلا للقبض فيمنع منه الا ترى ان اية
الربا نزلت وكان البعض مقبوضا والبعض غير مقبوض ومنعوا عن قبض ما لم يكن مقبوضا لا يلزم
على هذا ما ذكرنا في الابواب المتقدمة اذا اشترى ارضا ونخلا بكر من دقل فلم يقبض حتى اثمر
كرا من دقل حيث يكون للمشتري قبضه وهذه الزيادة الحادثة لو وجدت عند البيع يحرم
البيع ثم لم يحرم القبض بحكم البيع لان ما هو المحرم للبيع لم يوجد عند القبض وهو الربا لان الربا
اسم لمال مملوك بالبيع بغير عوض وهذه الزيادة الحادثة عند القبض لم تملك بالبيع وانما ملك حكما
لملك النخيل وما ملك حكما لملك الاصل من الزيادة لا يكون ربا كما لو اثمرت كرا من دقل بعد القبض
ولانا ندعي ان ما يكون محلا للعقد لا يكون محلا للقبض وعينا التمر الحادث محل

محل العقد بخلاف الخمر والمحرم ممنوع عن تناول الصيد وتملكه غير ممنوع عن ملكه كالخمر سوا وحرف
اخر ان شرط صحة التوكيل بالمعاوضات عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد تعتبر اهلية الوكيل
والموكل جميعا التصرف المامور به الا ان عند ابي يوسف اذا وكله بشرا شي لو باشره الموكل بنفسه يكون فاسدا
ولو باشره الوكيل يكون جائزا يجعل الوكيل مشتريا لنفسه ترجيحا للجواز على الفساد وعند محمد يقع
للموكل بصفة الفساد لان التوكيل كما يصح بالجائز يصح بالفاسد وكما لو وكل رجلا بان يشتري
له عبدا الى العطا فاشترى يقع الملك للموكل فاسدا لهما ان التوكيل تفويض واقامة الوكيل مقام
نفسه ولهذا لو قال لغيره فوضت بيع عبدي اليك بكذا يكون توكيلا والمسلم لا يملك هذا العقد بنفسه
فلا يملك توكيل غيره به وتفويضه اليه كما لو وكل المسلم مجوسيا بان يزوجه مجوسية وكذا المسلم اذا
نصرانيا بكتابة عبده النصراني على خمر لا يصح وكذا لو وهب نصراني لمسلم خمرا ووكل نصرانيا بقبضها
لا يصح وهذا لانه لو نفذ عقده على الامر ملك المسلم الخمر بالعقد ولا يجوز ان يملك المسلم الخمر بالعقد
ولا يجوز ان يملك المسلم الخمر بعقد التجارة وهذا منهما نوع استحسان فكانهما يقولان في البيع والشرا
طرفان طرف العقد وطرف الملك فكما ان الكافر اذا وكل به المسلم لا يجوز لاعتبار طرف العقد فكذا المسلم
اذا وكل الكافر به لا يجوز لاعتبار طرف الملك بل اولى لان العقد سبب الملك فالثابت به الملك في
المحل وهو المقصود واذا وجب مراعاة جانب العقد فلان يجب مراعاة جانب الملك اولى ولابي حنيفة
ان الوكيل بالمعاوضة يتصرف بطريق الاصالة ولهذا ترجع اليه الحقوق ويستغني عن الاضافة الى
الموكل واثر التوكيل في نفاذ تصرفه على الموكل والذي ولي العقد هو الوكيل والخمر مال متقوم في حقه يملك
ان يشتريها لنفسه فيملك ان يشتريه لغيره وهذا لان ولاية مباشرة العقد باعتبار اهلية وكونه
ما هو ركن العقد وهو الكلام من خالص حقه وذلك لا يختلف بما شراه لنفسه او لغيره وثبوته شرعا
باعتبار ولاية الاصلية لا ان يثبت له بالامر ولاية لم تكن ثابتة من قبل وهذا لان الممتنع هنا بسبب
الاسلام هو العقد على الخمر لا الملك فالمسلم من اهل ان يملك الخمر الا ترى انه اذا تخمر عصيره يبقى مملوكا
واذا مات قريبه عن خمر يملكه بالارث وهنا ان اعتبرنا جانب العقد فالعاقد من اهله وهو في حقوق
العقد كالعاقد لنفسه وان اعتبرنا جانب الملك فالمسلم من اهل ملك الخمر فيصح التوكيل الا ترى ان في
جانب افساد التوكيل اذا كان الوكيل مسلما يعتبر جانب العقد دون الملك فكذا في جانب تصحيح الوكالة
وبه فارق النكاح فالوكيل فيه سفير ومعبر فكان العاقد هو الموكل وكذا الكتابة والقبض سفير ومعبر و
ولهذا لا ترجع الحقوق اليه ولا يستغني عن الاضافة الى الموكل بمنزلة الرسول وما قالا ان التوكيل
تفويض واقامة فليس كذلك بل الوكيل كان مالكا قبل التوكيل وقولهما الموكل يملك الخمر بالعقد فليس
كذلك بل العقد يوجب الملك للعاقد ثم الموكل يخلفه في ذلك والمسلم من اهل ان يملك الخمر بهذا الطريق
كما اذا اذن لعبده الكافر في التجارة فاشترى خمرا فان المولى يملكها على سبيل الخلافة عنه وكذا المكاتب
اذا كان كافرا فاشترى خمرا ثم عجز فمولاه المسلم يملكها خلافة عنه الا انهما فرقا وقالا العبد والمكاتب
يتصرفان لانفسهما ولهذا لا يرجعان على المولى بعهدة تصرفهما فلهذا اعتبرنا حالهما اما الوكيل يتصرف
للموكل حتى يرجع عليه بما لحقه ويكون الموكل في قرار العهدة كانه باشر بنفسه فكذلك في عقد الوكيل له على
الخمر فاذا تعذر تنفيذه على الامر نفذ عليه اذا عرفنا هذا قال محمد نصراني اشترى من نصراني خمرا فلم

يقبضها حتى اسلم البايع او المشتري او اسلما بطل البيع يريد به يبطله القاضي لان اسلامهما
او اسلام احدهما مما يحرم بيع الخمر وشراوه فيحرم قبضه ايضا بحكم البيع لما فيه من معنى التمليك
والتمليك على ما ذكرنا فيعجز المشتري عن قبضه فكان له ان يفسخ وهذا على قولهما اما على قول محمد لم
ينبغي ان يفسد العقد لان عنده اذا اعترض على العقد قبل القبض ما يوجب الفساد لو كان موجودا
وقت العقد يفسد ايضا باعتراضه لما نذكر ان شا الله تعالى حتى لو صارت خلا قبل القبض لم
للمشتري ان يقبض عندهما خلافا له وعلى هذا المسلم اذا اشترى من مسلم عصيرا فصار خمرا
قبل القبض ان البيع يبطل وهو قول محمد وروى عن ابي حنيفة وابي يوسف ان البيع بحاله
وكان الكرخي يقول معنى قوله في الاصل البيع باطل اي للمشتري ان يبطله قال القدوري في شرحه
والذي تاول ابو الحسن غير ظاهر وقد استدل باستشهاد محمد رحمة الله في الاصل وهو انه قال لو
صارت خلا قبل الفسخ كان للمشتري ان ياخذه قال ابو الحسن فلو كان العقد قد بطل لم يملك
المشتري اخذه وهذا ليس بصحيح لانه لا يمتنع ان يفسد العقد لمعنى ويصح بزواله كما قالوا في
الشروط الملحقة بالعقد كالبيع بشرط الخيار اكثر من ثلاثة ايام والبيع الى الحصاد والدياس
والجذع في السقف والحلية في السيف اذا لم يمكن نزعه الا بضرر وهو قول بعض المشايخ وقال شمس
الائمة السرخسي والاوجه ان يقول الخال فيه مراعى وهو عقد غير مستبرم في الحال لان تاثير الخيار في
البيع من ابرام العقد لا في افساد العقد وانما المفسد هو الخيار في اليوم الرابع وذلك
لا يتصور الا بعد مضي الثلاثة وانه الضرر ايضا في المنع من الابرام والمفسد الافضا الى المنازعة
لجهالة العقد فسد بالتخمر فلا يمكن تصحيحه على الخل الا بالاستقبال وهنا لان التخمر قبل القبض
كالموجود عند العقد ولو اشترى المسلم خمرا فتخللت لا ينعقد العقد ولهما ان اصل العقد
كان صحيحا ثم التخمر فات القبض المستحق بالعقد لعارض على شرف الزوال وهو انعدام
المالية والتقوم فاذا زال صار كان لم يكن كما لو ابق المبيع قبل القبض ثم عاد الا انه يخير
المشتري لتغير صفة المبيع في ضمان البايع ولهذا لو خاصمه قبل ان يصير خلا وفسخ
القاضي البيع بينهما ثم صار خلا لا سبيل له عليه لانفساخ العقد كما في الاباق اذا عاد بعد
الفسخ وبه فارق ما لو كان خمرا في الابتداء لانه ثمة ما انعقد صحيحا الا ترى انه لو باع الابق
ثم رجع من اباقه لا يصح والصدر الشهيد ذكر في مسالة الكتاب يريد به يبطله القاضي فهو موافق
لقول الكرخي وشيخ الاسلام على الاسبيجابي اجرى على اطلاقه وعلل بما ذكرنا ان للقبض
شبها بالعقد وقال ولا يلزم انه لو تخمر العصير قبل القبض ان البيع لا يبطل وان بطل باعتبار
محلية البيع وهنا معنى لو اقترن بالعقد ابطله فاذا اقترن بالقبض وله شبه بالعقد
وجب ان يبطل العقد لانه انما لم يبطل ولم يمتنع القبض باعتباره لما قلنا انه معنى يوجب النقض
وفي بقا العقد احتمال الفائدة لانه عسى يتخلل قبل القبض فلا يبطل العقد بالشك باعتباره
فان قيل الاسلام في كونه معنى مانعا موقت ايضا فانه مانع عن قبض الخمر واذا تخلل لا يبقى
مانعا فوجب ان يبقى العقد لاحتمال الفائدة قلنا بلى العلة المانعة بالاسلام مع وصف
الخمرية لانه ما لم يوجد كل الامرين لا يتحقق المنع لكن يحال بالمانع الى اخر الوصفين ان كان الاخر

اخر الوصفين هو الاسلام وهو مؤبد فلا يكون في بقا العقد فائدة لتايد المانع فيبطل العقد
كما في الهلاك وان كان اخر الوصفين التخمر فهو معنى ينقض عادة فيكون في بقاء
العقد فائدة فيبقى كما في الاباق ونقول الاسلام ينافي اهلية تمليك الخمر وتملكه من كل
وجه فجاز ان يعمل بقضيته هذا المنافي في حقيقة العقد وفي شبهته ويكون هذا قولا بالنفي
ابتدا وابقاء لان الحالة التي بعد العقد قبل القبض لها شبه الابتدا لان حكم العقد في الحصول
بعد والخمرية معنى مناف للمحلية من وجه دون وجه لانه مال لكن لا قيمة له فباعتبار
المالية محل للعقد وباعتبار عدم القيمة ليس بمحل والحالة التي بعد العقد قبل القبض
له شبه الابتدا وليس بحقيقة الابتداء والمحلية من كل وجه شرط لابتدا العقد من كل وجه
لا من وجه دون وجه لانه حالة البقا حقيقة وان كان له شبهة الابتدا فاذا قارب الابتدا
المحض وقع الشك في انعقاده فلا ينعقد بالشك واذا قارن حالة البقا وقع الشك في
بطلانه فلا يبطل الا ان هذا الفرق شامل للصورتين ولا يوجب الفرق بينهما واذا اشترى
النصراني من نصراني لنصراني خمرا بامره فلم يقبض الوكيل الخمر حتى اسلم البايع او الوكيل فسد
العقد لان باسلام احدهما صار بحال لا يرد عليه عقد جائز فلا يجوز قبضه بحكم العقد فيفسد
ضرورة كما لو اشترى لنفسه وان اسلم الامر لم يبطل العقد عند ابي حنيفة وعندهما يبطل
لان اسلام الموكل عنده لا يمنع ابتدا العقد من الوكيل فلان لا يمنع البقا الذي له شبهة الابتدا
اولى وعندهما يمنع الابتدا فيمنع البقا فهما فرقا بينما اذا اشترى الخمر للموكل المسلم وبينما اذا
اشترى النصراني ثم اسلم قبل القبض فهناك قالا يصير مشتريا لنفسه وهنا قالا يبطل لان
هناك حين اشترى وقع شراوه للامر فبعد ذلك لا يتحول اليه يبطلان البيع او فساده
وهنا حين ما اشترى وقع شراوه لنفسه لبطلان الوكالة واذا بقي العقد عند ابي حنيفة
رحمة الله ياخذ الوكيل الخمر ويدفعها الى الموكل حتى يخللها ويا خذ منه الثمن لانه ممنوع
عن الانتفاع بعينها فكان له ان يتصرف فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع كما لو ورث
خمرا او تخمر عصيره وعليه الثمن للوكيل لان الملك اليه من جهته فيلزمه البدل كما لو اشترى
مورثه مسلم وكل نصرانيا بان يشتري له عبدا بالف رطل خمر وسط بغير عينها واشترى
صح في قول ابي حنيفة رحمة الله ويجب للبايع على الوكيل غير الخمر لانهما من اهل وجوب الخمر له
وعليه ويرجع على الموكل بقيمة الخمر لانه ممنوع عن تمليكها فكان عليه القيمة كما لو استقرض نصراني
من نصراني ثم اسلم المستقرض كان عليه قيمة الخمر لان خمر الذمي يجوز ان يكون مضمونا على المسلم
بالقيمة كما في الاستهلاك والغصب وعند محمد العقد وقع للموكل بصفة الفساد كما لو اشتراه
الموكل بنفسه فيكون مضمونا بالقيمة فتجب القيمة للبايع على الوكيل ثم يرجع الوكيل على الموكل
وعند ابي يوسف رحمة الله يصير مشتريا لنفسه حالا وكالوحلالا بان يشتري له صيدا فاشترى
ولم يقبضه حتى احرم البايع او المشتري بطل البيع يريد به انه ينتقض لان احرام احدهما يحرم ابتدا
العقد فيحرم القبض كالخمر ولو لم يحرم احدهما ولكن احرم الامر فعند ابي حنيفة بقي البيع بحاله وعندهما

يحرم القبض لان احرام الامر لا يمنع ابتدا التوكيل ونفاذ شرا الوكيل فلا يمنع البقا وعندهما يمنع
الابتدا فيمنع البقا ثم عند ابي حنيفة اذا بقي العقد جائز فان حل الامر قبل اخذ المشتري الصيد
باخذه المشتري من البايع وياخذ منه الامر فيسلم له وكذا ان حل بعد اخذ المشتري قبل اخذه منه
فيسلم له اما اذا حل قبل قبض الوكيل فلا شك لعدم يده على الصيد لا حقيقة ولا حكما ولو كان له عليه
يد حكمية بان احرم وله في بيته صيد او معه قفص فيه صيد لا يلزمه شي فهنا اولى واما اذا حل
بعد قبضه فلانه كان في يده حكما لا حقيقة فلا يجب عليه الارسال ولو قبضه الامر وهو
محرم ارسله لان على المحرم ازالة اليد الحقيقية عما في يده من الصيود فان لم يرسله حتى مات
في يده قبل ان يحل او بعده او ارسله ومات قبل ان يصل الى الحرم فعليه الجزا وان مات
في يد المشتري قبل ان يقبضه الامر لم يجب على الامر الجزا الا في الاول وجب الارسال
فاذا لم يرسل وجب الجزا وفي الوجه الثاني لم يجب الارسال فلا يجب الجزا واما عندهما اذا
فسد البيع يكون للبايع ويرد الثمن ان كان قبضه هما فرقا بين هذا وبينما اذا وكل المحرم حلالا
بشرا صيد فاشترى يكون مشتريا لنفسه وهنا قالا بطل البيع والفرق بينهما ما ذكرنا في
الحج وفي شرح الكرخي رحمه ان باع حلال حلالا صيدا في الحل وهما في الحرم جاز ذلك في رواية
الحسن عن ابي حنيفة رحمهما وقال محمد لا يجوز لان العاقد تثبت له حرمة الحرم وحرمة الحرم
يتعلق بها تحريم الاصطياد فصار كحرمة الاحرام ولو ثبت للعاقد حرمة الاحرام لم يجز عقده
على الصيد فكذا هذا ولابي حنيفة ان الحلال في الحرام لو امر باتلاف صيد الحل جاز والعقد عليه
دون اتلافه فهو اولى بالجواز وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فيمن احرم وفي يده صيد لغيره
فباعه مالكه وهو حلال جاز ويجبر المحرم على تسليمه وعليه الجزا ان تلف في يده لان البايع ليس
بمحرم وقد عقد على ملكه والصيد امانة في يد المحرم والاحرام لا يمنع وجوب رد الامانة يضمن اذا
تلف لانه صار مضمونا عليه بالامساك فلا يبرا من الضمان مع بقا الاحرام الا بالارسال وفي
المبسوط اذا اسلم النصراني الى النصراني في خمر بكيل معلوم فهو جائز عندنا لان الخمر مال متقوم
في حقهم بمنزلة الخل والعصير عندنا وان اسلم احدهما قبل قبض الخمر بطل المسلم ورد المسلم
اليه راس المال لان الاسلام وجد والخمر مملوك بالعقد غير مقبوض فيجعل اسلام احدهما قبل
القبض كوجوده عند العقد وهذا لان قبض المسلم فيه قبض تملك وانه بعقد السلم
تملك المسلم فيه دينا وانما يعين ملكه بالقبض فان كان رب السلم هو الذي اسلم فالمسلم
لا يتملك الخمر بحكم عقده وان كان المسلم اليه هو الذي اسلم فليس له ان يملك الخمر من غيره بعقده
فتحقق فوات قبض المسلم فيه وذلك يبطل العقد لان المسلم فيه مبيع ومتى تحقق
فوات قبض المبيع بطل العقد كما اذا تحقق ذلك بالهلاك في بيع العين وان كان قبض
بعضه بطل ما بقي وجاز ما قبض لان ملكه تم في المقبوض فلا يمنع بعد ذلك لا يبطل وهذا لان
السبب الطاري يلاقي المنتهي بالعقد عنه والقائم بالرد وقال الله تعالى وذروا ما بقي من الربا
الاية فبنزول حكم الربا انما يلزمهم ترك ما لم يقبضوا لا رد ما قبضوا وقال الله تعالى قل للذين كفروا

كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف والله اعلم

باب الرجلين يكون بينهما الجارية فيقر عليها كل واحد منهما انها ام ولد لاحدهما

اصل الباب ان من تكلم بكلام مجمل يرجع في البيان
اليه لانه هو المجمل واعلم بمراده فكان البيان اليه وحرف اخر ان اقرار الانسان على نفسه حجة وعلى غيره
لا الا اذا صدقه ذلك الغير او قامت عليه البينة وقد ذكرنا غير مرة وحرف اخر ان اقرار
المريض باستيلاد جارية له بمنزلة الوصية لانه اقرار لها بحق الحرية في الحال وحقيقة الحرية بعد الموت
فكان تبرعا بمنزلة التدبير والاعتاق الا اذا كان معها ولد وولدته في ملكه فحينئذ يجعل ذلك اقرارا
بالنسبة مقصودا ويجعل الحرية تبعا فلا يبقى له حكم الوصية حتى يصح ذلك من جميع المال لانه من
باب صرف ماله في حاجة نفسه وحاجته مقدمة على حاجة الورثة والغرما الا ترى انه لو تزوج امراة
بمهر مثلها يعتبر من جميع المال لحاجته وهذا لان قيام الولد يدل على صدق مقالته لان ولادة
الجارية في ملكه دليل ظاهر ان العلوق منه فخرج كلامه من ان يكون تبرعا الا ترى ان
الامة لو قامت البينة انها ام ولد وعلى اقراره بذلك في صحته يعتبر من جميع المال بخلاف
ما اذا لم يكن معها ولد الا ترى انه اذا ادعى نسب الولد بعدما كبر والعلوق في ملكه يثبت
النسب بدون تصديقه ولو لم يكن العلوق في ملكه لا يثبت الا بتصديقه هكذا ذكر في
الزيادات وذكر في العتاق واذا قال لعبده هذا ابني وانه مجهول النسب وهو يصلح ولدا
لمثله الا انه كبير يعبر عن نفسه الصحيح انه لا يتوقف اثبات النسب على تصديق الغلام
لكن يتدبر ده وفرق بينه وبينما اذا قال لعبده هذا ابني فانه يتوقف على التصديق وذكر
في الزيادات جارية بين رجلين قال احدهما هي ام ولدي وولدك او ولي فان صدقه فهي ام
ولد بينهما لان الاستيلاد يحتمل الشركة الا ترى ان الجارية المشتركة اذا ولدت فادعياه
معا تصير ام ولد لهما فاذا صدقه صار كانهما اقرا معا بخلاف ما لو ولدت وقال احدهما هو ابني
وابنك او ابنك وابني فانه يثبت النسب من المقر صدقه شريكه او كذبه وتصير ام ولد له لانه
اقر بنسب الولد مقصودا وانه لا يحتمل الشركة فاذا وجد نفاذا على المقر نفذ وبطل ما زاد عليه
واذا ثبت النسب تبعه امومية الولد بخلاف ما لو اقر بامومية الولد مقصودا واذا ادعى احدهما
ولد الجارية المشتركة يثبت النسب منه وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصف قيمتها ونصف
عقرها لشريكه واذا ادعيا معا ثبت نسب الولد منهما ولا يضمن احدهما لصاحبه شيا لوقوع
المقاصة اذا عرفنا هذا قال محمد جارية بين رجلين فقال كل واحد منهما هي ام ولد لاحدهما
يرجع في البيان اليهما لان الاجمال من جهتهما فان قال احدهما هي ام ولدي او ام ولد شريكي وصدقه
شريكه في ذلك صارت ام ولد له كانه تفرد بالاقرار وان قال احدهما هي ام ولدي وقال الاخر ام
ولدي صارت ام ولد بينهما كانهما ادعيا في الابتدا معا وان مات احدهما قبل البيان واقر بذلك
ورثة الميت فان المولى الحي يوقف على قوله يريد به ان يرجع في البيان اليه دون ورثة
الميت لان البيان انما يثبت بسبب الاجمال والاجمال جا من الحي والميت لا من الورثة وتعذر
الرجوع الى الميت فيرجع الى الحي فان قيل كان لا يرجع اليهم بطريق الاصالة وجب

ان يرجع اليهم بطريق الخلافة لان البيان كان حقا للميت قبل الموت بسبب الاجمال وورثته
يقومون مقامه بطريق الخلافة في حقوقه الا ترى انه لو اشترى عبدين على انه بالخيار ثلاثة
ايام ياخذ ايهما شاء ويرد الاخر ومات قبل البيان انتقل البيان الى ورثته وان كان الاجمال من
الميت لا من الورثة قيل له الورثة يقومون مقام الميت بطريق الخلافة في محل الحق ثم يحدث
الحق لهم ابتدا لا بطريق الارث وهنا المحل الذي يثبت الخيار فيه في البيان وهي الجارية ثم
تنتقل الى الورثة لانه لا يخلو اما ان يكون المراد مما قال الشريك الحي والميت فان كان المراد الحي
كانت الجارية كلها ام ولد له وان كان المراد الميت كانت كلها ام ولد له وقد عتقت بموته فكانوا
اجنبيين عنها فلا يلتفت الى قولهم وصار بمنزلة من اعتق احد عبديه يرجع في البيان اليه ما دام
حيا فان مات قبل البيان لا ينتقل البيان الى الورثة لانهم لم يملكوا المحل الذي يثبت فيه البيان
لان كل واحد منهما قبل البيان بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يورث بخلاف خيار التعيين في البيع
لان الورثة ملكوا احد العبدين لا بعينه فيثبت لهم خيار التعيين ابتدا اذا خيار التعيين ليس الا تعيين
ملكه من ملك البائع واذا وجب الرجوع في البيان الى الحي فبعد ذلك المسالة على وجهين اما ان قال
هي ام ولد الميت او قال هي ام ولدي فالوجه الاول على قسمين اما ان كان الاقرار منهما في حال صحة الميت
او في حال المرض اما القسم الاول من هذا الوجه وهو ما اذا كان الاقرار منهما في صحة الميت وقال هي ام
ولد شريكي يحتاج الى بيان حكم العتق وحكم السعاية وحكم الضمان اما حكم العتق فالجارية تعتق
لان الحي مع الورثة تصادقوا على عتقها اما الحي فلا شك واما الورثة فكذلك ان صدقوا الحي
في البيان وان كذبوه وقالوا ام ولدك فكذلك لانهم زعموا انها ام ولد الحي وانها مملوكته وهو اقراره
عتقها كان معلقا بموت ابينا ومولى الجارية اذا علق عتقها بشرط ووجد الشرط واقروا بوجوده
تعتق الجارية واما حكم السعاية فالجارية لا تسعى للورثة فيما زاد على ثلث ماله وتكون حرة من جميع
المال لان الحي مع الورثة تصادقوا ان لا سعاية عليها اما الحي فلانه يقول الميت يملك نصيبي من
الجارية ولي عليه الضمان فاذا مات صار دينا في تركته فقد ادعى على الورثة نصف قيمة الجارية و
نصف عقرها واقر انه لا سبيل له على الجارية فاقراره بكونها ام ولد الميت يتضمن معنيين
احدهما وجوب ضمان نصف القيمة والاخر براءة الجارية عن السعاية فصدق فيما كان عليه ولم
يصدق فيما كان على غيره الا ببينة او بتصديق الورثة واما الورثة فلانهم اقروا ببراءتها
عن السعاية لانهم ان صدقوا الحي في البيان فلا شك وان كذبوه وقالوا انها ام ولد فقد
زعموا ان نصيب ابيهم صار ملكا للحي بالضمان وقد عتقت الجارية باقرار الحي ولا سعاية عليها و
اما حكم الضمان ان صدقوا الحي في البيان ضمنوا نصف قيمة الجارية للحي من تركة ابيهم وان
كذبوه لا ضمان لواحد منهم على صاحبه لان كل واحد منهم يدعي الضمان على صاحبه
وصاحبه ينكر واما القسم الثاني من هذا الوجه وهو ما اذا كان الاقرار منهما
في حال مرض الميت فالحكم العتق فعلى ما مر في القسم الاول قلنا واما حكم السعاية
فهو على التفصيل ان كذب ورثة الميت الحي وقالوا انها ام ولدك اقروا بذلك في

في حياته فحكم السعاية ايضا ما مر في القسم الاول لانهم تصادقوا على براءة الجارية عن السعاية ايضا ما مر
في القسم الاول لانهم تصادقوا على براءة الجارية عن السعاية لما قلنا وان صدقوا وقالوا هي ام ولد
ابينا وقد اقر ابونا بذلك ينظر ان صدقوا الاب فيما اخبر وقالوا صدق ابونا في اقراره انها
ام ولده فكذلك الجواب لان المريض متى اقر بامومية الولد لجاريته في مرض موته و
ليس معها ولد انما لا يصدق في اقراره ويعتق من ثلث ماله لحق الورثة لانه تعلق حق الورثة
بماله فاذا صدقوه فقد ابطلوا حق انفسهم فيعتق من غير سعاية كما في القسم الاول الا ترى انه
لو اقر في مرضه انه اعتق مملوكه في صحته او ابرا غريمه عن الدين في صحته او وهب العين لفلان في
صحته وسلمه وصدقه الورثة يصح اقراره من جميع المال كذلك هنا وان كذبوا الاب فيما اقر
وقالوا كذب ابونا في اقراره والجارية لم تكن ام ولده عتقت من ثلث المال وتسعى فيما زاد على الثلث
لان المريض متى اقر بامومية جارية في المرض وليس معها ولد وكذبه الورثة في ذلك لا يصدق على
الورثة في ابطال حقهم فيما زاد على الثلث لان الاقرار به في المرض يكون اقرارا لها بالعتق
فيكون بمنزلة انشا العتق فيكون له حكم الوصية فان كان للميت مال تخرج هي من
الثلث عتقت من غير سعاية وان لم يكن له مال سواها سعت في نصف قيمتها للشريك
الحي لان ذلك دين للشريك الحي لان ذلك دين للشريك في زعمها في الشركة فتسعى في ذلك
وفي ثلثي النصف حقا للورثة ويعتق سدسها مجانا واما حكم الضمان فعلى ما ذكرنا في القسم الاول
واما الوجه الثاني وهو ما اذا قال الحي الجارية ام ولدي صدق على ذلك وكانت الجارية ام ولد
له صدقه ورثة الميت او كذبوه لانه ادعى ذلك في حال حياة الشريك صارت ام ولد له صدقه
شريكه في ذلك او كذبه لقيام ملكه في نصف الجارية فكذا اذا وجد الدعوى منه بعد موته
لان ملكه قائم في نصف الجارية لانا تيقنا ان نصفها كان ملكا له ووقع الشك في زواله
بعد موت شريكه لانها ان كانت ام ولد الميت يزول ملكه والا فلا يزول ملكه بالشك واذا بقي
ملكه صحت الدعوة ويصير متملكا نصيب الشريك فيضمن نصف قيمتها موسرا كان او معسرا
وله ان يطاها ويستخدمها في حال حياته وهذا لانه قد فسر المبهم فاستند التفسير الى وقت الاقرار
فصارت دعوته دعوة مفسرة ودعوة الميت مبهمة والمفسر اولى من المبهم ولا يغرم الحي العقر لو ادعى لنفسه
ولا للورثة ان اقر انها ام ولد شريكه وصدقه الورثة لانه يحتمل ان الوطي حصل في حالة لم تكن مشتركة
بينهما هذا اذا لم تكن الجارية ولدت في ملكهما فان كانت ولدت في ملكهما والمسالة بحالها فان
كان الاقرار منهما في حالة الصحة ثم مات احدهما فالولد حر على كل حال ولا سعاية عليها لانهما تصادقا ان
الولد علوق حر الاصل سواء كان المعني بهذا الاقرار الحي او الميت فيعتق الولد عند الاقرار بلا توقف بغير
التوقف في ثبات النسب لان من ثبت النسب منه مجهول فتوقف امر النسب على البيان فيرجع في البيان
اليهما ما داما حيين وان مات احدهما يرجع في البيان الى الحي قلنا فان قال الحي هو ولدي ثبت نسبه منه
وصارت الجارية ام ولد له يطاها ويستخدمها ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها للورثة ولا يضمن
من قيمة الولد شيئا صدقه في ذلك ورثة الميت او كذبوه لان هذه الدعوة من الحي لو وجدت في حال

حياة الميت كان الجواب كذلك لقيام ملكهم في نصف الجارية لما قلنا في المسالة الاولى فكذلك
هنا ذكر في هذه المسالة ان الحي يضمن نصف قيمتها ونصف عقرها للورثة وذكر في المسالة الاولى
في هذا الوجه انه يضمن نصف قيمتها وسكت عن ذكر العقر واختلف المشايخ فيه منهم من
قال التنصيص على ذكر العقر هنا تنصيص على وجوبه ثمة ايضا ومنهم من قال انما اختلف
الجواب لاختلاف الوضع المسالة الاولى فيما اذا قال كل واحد منهما الجارية ام ولد احدنا و
ليس هذا من الحوايج الاصلية فيكون بمنزلة التدبير ولهذا يعتبر من الثلث فلا يكون اقرار
بالوطي فلا يجب العقر وهنا وضع المسالة فيما اذا قال الولد احدنا والاقرار بالولد من الحوايج الاصلية
ولهذا يعتق من جميع المال فيكون اقرارا بالوطي فيجب العقر وسكوته عن ذكر العقر في المسالة
الاولى دليل على عدم وجوبه وقال بعضهم وضع المسالة في الوجه الثاني فيما اذا ولدت الجارية في
ملكهما فكان العلوق في ملكهما فكان مقرا بوطي الجارية المشتركة ووضع المسالة الاولى فيما اذا
اقر بالاستيلاد مطلقا ويحتمل ان الاستيلاد وكان في ملكهما بالنكاح ثم اشترى هو وشريكه فلا يجب
العقر بالشك هذا اذا قال الحي الولد ولدي وان قال الولد ولد شريكي عتق الولد والجارية من جميع المال
بغير سعاية وكان ولاوها موقوفا ولا ضمان على الشريك الحي لورثة الميت من عقر ولا قيمة ولا يثبت
نسب الولد من واحد منهما اما عتق الولد فلا من تصادقهم على انه علق حر الاصل فيعتق من غير
سعاية واما عتق الجارية من جميع المال من غير سعاية لان الورثة ان صدقوه فقد اقروا انها اعتقت بموت
الميت من جميع المال وان كذبوه فقد زعموا انها ام ولد الحي الا انه علق عتقها بموت ابينا فيعتق بموت ابينا
فقد اقر ببراة الجارية عن السعاية الا ان الحي ادعى نصف قيمة الجارية على ورثة الميت ونصف عقرها والورثة
ادعوا عليه نصف قيمتها ونصف عقرها ايضا متى كذبوه في البيان فصح اقرارهم بما كان عليهم من عتق الجارية
وبراتها عن السعاية ولا يصح فيما على غيرهم واما توقف الولا فلان الحي اقر بولائها للميت والورثة
ينكرون ذلك فكان موقوفا كاحد الشريكين اذا ادعى الاعتاق على الاخر وانكر شريكه واما عدم ثبوت
النسب فلان الحي اقر انه ثابت النسب من الميت وهم ينكرون ذلك فصار كاحد الشريكين اذا ادعى الا
ستيلاد على شريكه وهو ينكر وهذا لان كل واحد منهما يحمل النسب على الغير وقد قال عمر رضي الله عنه
لا يورث حميل الا ببينة وان صدقه الورثة في ذلك صارت ام ولد للميت وتبين انها اعتقت
بموت ابيهم مجانا بغير سعاية وولاوها للميت والولد ثابت النسب من ابيهم لا تفاقهم ويضمنون
نصف قيمتها ونصف عقرها من تركة ابيهم وان قالت الورثة اقر ابونا بذلك ولكنه كذب في اقراره ثم
يغرمون نصف قيمتها عقرها للشريك من تركة ابيهم ويثبت نسب الولد من ابيهم لاقرارهم
باقرار ابيهم في حالة الاطلاق وحكمة هذا اذا كان القول منهما في صحة الميت فان كان في مرضه فالولد
حر بالحال لانهما تصادقا على انه حر الاصل ويكون امر النسب موقوفا على البيان فيرجع في البيان اليهما
حال حياتهما والى الباقي بعد موت احدهما فان قال الحي الولد ولدي كان الجواب فيه كالجواب فيما اذا
كان الاقرار في حالة الصحة وان قال الولد ولد شريكي فحكم عتق الولد والجارية ما ذكرنا واما السعاية
فلا سعاية للورثة اصلا سواء صدقوا الحي او كذبوه وسواء قالوا اقر ابونا صادقا او قالوا كذب ابونا في

الاقرار فرق بين هذه المسالة الاولى فان ثمة اذا قالوا ابونا وكان كاذبا في الاقرار فانه تعتق
الجارية من ثلث ماله والفرق ان حق الورثة تعلق بماله باول مرضه فيما زاد على الثلث والميت
بعد الاقرار اراد ابطال حقهم فيما زاد على الثلث في المسالة الاولى من غير بينة شرعية له
على ذلك وهو الولد فلا يصدق على ابطال حقهم ومتى لم يصدق صار كانه اقر في مرضه انه اعتق
هذه الجارية في حالة الصحة وكذبه الورثة في ذلك فيعتبر من الثلث وفي المسالة الثانية يريد
ابطال حق الورثة فيما زاد على الثلث ببينة شرعية وهو علوق الولد في ملكه فان اتصال العلوق
بملكه يسلك به مسلك البينة فيما يرجع الى صحة الاقرار وابطال ملك الورثة واما ثبات النسب
فالقياس ان لا يثبت نسب الولد من احد لانه حميل كما لو اقر لرجل انه اخوه او ابن ابنه وفي الاستحسان
يثبت اذا كان عدد الورثة الذي اقروا بانه ولد الميت يبلغ عدد الشهادة بان كانا ابنين او اخوين
او ابنا وبنتين وهل يشترط لفظ الشهادة فمنهم من قال يشترط لان النسب لا يثبت في حق الناس
كافة الا بلفظة الشهادة وذكر محمد رحمة الله في الطلاق وصدقها الورثة فهذا اشارة الى ان لفظة
الشهادة انما يشترط عند قيام المنازعة في مجلس القضا وليس هنا منازعة فلا يشترط لفظة الشهادة
ويجوز ان يشترط العدد ولا يشترط لفظة الشهادة كما في المزكي والمترجم عند محمد رحمة الله و
والاخبار بعزل الوكيل ونحوهما في قول ابي حنيفة واليه اشار في الكتاب حيث قال وان قالت الورثة
والورثة اسم جمع لا اسم وحدان وهذا لان قولهم شهادة على الاب يحمل النسب عليه واقرار على
انفسهم من وجه ولانه يشاركهم في الارث وهذا حكم يلزمهم من حيث انه شهادة يشترط فيها
العدد ومن حيث انه اقرار لا يشترط لفظ الشهادة عملا بهما وقال بعضهم الاصح انه لا يشترط العدد
ولا لفظ الشهادة لان بقولهم يقوى قول الميت وليس باقرار مبتدا لان قول الميت يحتمل ما اقر والاقرار
من الميت تلافي حقهم في هذه الحالة فكان لهم بيان يحمل قول مورثهم وعند صحة البيان يثبت النسب
بقول المورث لا بقولهم وقول المورث حجة وصار كما لو اقر الزوج بالحبل او كان الحبل ظاهرا فانه يثبت النسب
بقول القابلة بالاجماع لان النسب هنا لا يثبت بقولها وانما يثبت بدليل قايم قبل الولادة ثم
كذلك هنا ولان اقرار الميت تنا وله ولا تهمة في اقرارهم لانهم اقروا على انفسهم بنقصان
الميراث فصح وقيل الاصح ما قاله الخليل ابو بكر محمد بن الفضل انه ان كان في الورثة من ينازعهم
يشترط العدد ولفظ الشهادة وان لم يكن في الورثة من ينازعهم لا يشترط لا العدد ولا لفظة الشهادة
وفي دعوى المبسوط رجل مات وترك امراة وام ولد فاقر الورثة ان كل واحدة منهما قد ولدت هذا
الغلام من الميت ثبت نسب بعد ان يكون الورثة ابنيه او اخويه او ابنا وبنتين لانهم
لو شهدوا بالنسب في حالة الحياة عليه كانت شهادتهم حجة تامة فاذا اقروا به بعد الموت يكون
قولهم حجة ايضا حجة تامة في اثبات النسب الا ان في حالة الحياة هنالك خصمين واحد فلا بد من
لفظ الشهادة وليس بعد الموت خصم واحد فلا حاجة الى لفظة الشهادة ولان في حالة الحيات
كلامه الزام للغير والملزم للغير شرعا الشهادة فلا بد من لفظة الشهادة فاما بعد الموت كلامه
الزام للغير من وجه والزام من وجه لانه يشاركهم في الميراث المستحق لهم وما اخذ شبها من الاصلين

بوفرحظه عليهما فلشبهه بالالتزام شرط العدد فيه حتى لا يثبت السبب باقرار الوارث الواحد
ولشبهه بالالتزام اسقطنا اعتبار لفظ الشهادة ثم ذكر في مسالة الكتاب ولدت في
ملكهما ولم يذكر ولدت بعد ملكهما لاكثر من ستة اشهر حتى يعلم ان العلوق في ملكهما اولا اقل
منه حتى يكون العلوق في غير ملكهما لكن قال قيام الولد في ملكه دليل صدق مقالته وذكر في المبسوط رجل
له عبد في صحته فاقر في مرض موته انه ابنه وليس له نسب معروف ومثله يولد لمثله فانه ابنه يرثه ولا يسعى
في شي سوا كان اصل العلوق في ملكه اولم يكن لان النسب من حاجته وهو يقدم على حق ورثته في
ماله فيثبت نسبه منه بالدعوى لكونه غير محجور عنه ويكون بمنزلة ابن معروف في صحته فيكون عتقه
من جميع المال لا بطريق الوصية فلهذا لا يسعى في شي وكذلك ان كان عليه دين محيط بماله لان
حاجته مقدمة على حق غرمايه بدليل الجهاز والدين ولانه ليس في اثبات النسب ابطال حق الغرما
والورثة لانه ثلا في محله لاحق لهم فيه وانما ذلك فيما ينبني عليه من الحكم والذي ينبني على النسب عتق
في صحته ولاحق للغرما والورثة في ماله في صحته وكذلك لو كانت له جارية ولدت في صحته فاقر في
مرضه انه ابنه سوا كان اصل العلوق في ملكه اولم يكن لان الذي ينبني على دعوة النسب هنا حقيقة
الحرية للولد في صحته وحق الحرية للام لاحق لغرما والورثة فيها في الصحة فاما اذا كان ملكه في مرضه فادعاه
قبل الملك او بعده ثم مات فان كان عليه دين محيط فعليه السعاية في جميع القيمة لان الذي ينبني
على دعوته هنا عتق في المرض وذلك يلاقي محلا مشغولا بحق الغرما فلا يكون مقدما في حقهم الا ان
الرق قد فسد باقراره فعليه السعاية في جميع القيمة وان لم يكن له مال سواهما ولا دين عليه كان عتقه
من ثلثه وعليه السعاية فيما زاد على الثلث من قيمته ولا يرثه الولد في قول ابي حنيفة لان المستسعى في
بعض قيمته عنده بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يرث وعندهما حر مديون فيرث ولا وصية للوارث
فكان عليه السعاية في قيمته ويرثه باب ما يامر الرجل الرجل ان يقضي بينه من ماله فيلزمه اولا
يلزمه اصل الباب ان الامر بقضا دين لازم على الامر موجب للرجوع شرط الرجوع ام لا لكن انما يثبت
له حق الرجوع على الامر اذا ثبت القضا في حق الامر اما اذا لم يثبت فلا لان الامر بالامر يصير مستقرضا
من المامور ما وقع به القضا ولهذا لا يرجع بما ادى لا بالدين الا اذا كان المودى احق من الدين فحينئذ
يرجع بالدين لانه تبرع بالوصف فلا يرجع عليه كما لو تبرع بالاصل ولا يرجع قبل الادا لانه لم يوجد
الاقراض لانه امره بقضا دينه عنه وانما يكون قضا عنه اذا ثبت الملك للامر اولا ثم يثبت للغريم
من جهته كما في قوله اعتق عبدك عني على الف درهم والملك للامر انما يثبت للغريم من جهته
كما في قوله اعتق عبدك عني على الف درهم والملك للامر انما يثبت باحد امرين اما بالقرض او
بالهبة والقرض اقل التبرعين لكونه عارية حكما وتمليكا بعوض والهبة تمليك بغير عوض فكان
القرض متيقنا فكان اولى بالاثبات فاذا ثبت القضا في حق الامر يثبت القرض في حق الامر
فيرجع عليه واذا لم يثبت القضا لم يثبت القرض فلا يرجع وفي الامر بالبيع والرهن يرجع
بالدين ايضا لانه وقع القضا بالثمن والدين وفي الصلح يرجع بقيمة بدل الصلح لان القضا يقع
به على ما ياتي بيانه في خلال المسائل ان شا الله تعالى وحرف اخر ان الاقرار اذا اتصل به التكذيب من جهة

من جهة القاضي بالبينة يبطل الاقرار كما لو اتصل من جهة المقر له بل اولى لان البينة حجة في حق
الناس كافة فكان مكذبا شرعا بالحجة فيبطل وصار وجوده وعدمه بمنزلة ومحمد رحمة الله اورد هذا
الباب في كتاب البيوع وان لم يكن من مسائل البيوع صورة لانها من مسائل البيوع معنى لان القضا في
معنى البيع لكونه مبادلة اذا عرفنا هذا قال محمد رحمة الله رجل عليه الف درهم لرجل فامر الغريم رجلا
ان يقضي عنه صاحب المال ماله فقال المامور قد فعلت وصدقه الامر وكذبه صاحب المال فالقول قول صاحب
المال مع يمينه لانه انكر وصول حقه اليه فلا يصدقان على ابطال حقه كما اذا ادعى المديون القضا بنفسه
وكذبه رب الدين كان القول قوله مع يمينه كذلك هنا واذا حلف كان له ان يرجع على الغريم بدينه فلو
اراد المامور ان يرجع على الامر لانه صدقه في القضا عنه ليس له ذلك على في الكتاب فقال لانه لم يبرا
بقضائه من الدين اشار الى ان قضا الدين لم يثبت وبيانه من وجهين احدهما ان المامور بقضا
الدين انما يرجع على الا اذا ثبت قضاوه في حق الامر ولم يثبت لما حلف الطالب انه لم يقبضه
لان للقضا امارة وهو براة الغريم عن الدين وسقوط مطالبته عنه ولم يوجد ذلك فان لصاحب
الدين ان يطالب الامر بالدين فان قبل القضا لم يثبت في حق صاحب الدين لانكاره وثبت في حق الامر
لاقراره واقرار كل مقر حجة في حقه كالمشتري اذا اقر ان البايع قد اعتق العبد قبل البيع وجحد البايع
صح اقرار المشتري في حق نفسه حتى يحكم بحريته ان لم يصح في حق البايع كذلك هنا قيل له نعم الا ان قيل ذلك
الا ان القاضي كذبه في هذا الزعم ناقض بالدين عليه لصاحب الدين فبطل اقراره كما اذا ادعى المشتري
انه اشترى الدار بالف والبايع ادعى انه باع بالفين واقام البينة وقضى بذلك كان للمشتري
ان يرجع على الشفيع بالالفين وكذا لو اشترى عبدا من رجل ونقد الثمن ثم استحق من يده بالبينة
كان له ان يرجع بالثمن على البايع لان القاضي كذبه الا ان هذا الجواب غير سديد لان الاقرار انما يبطل
على المقر اذا كان بالبينة كما في مسالة الشفعة والاستحقاق لان البينة حجة في حق الناس كافة
وهنا انما قضى على الانجلا في اقراره بنا على استصحاب الحال لان ما ثبت فالظاهر انه يبقى
فلا يصير مكذبا في الاقرار كما لو اشترى عبدا وادعى ان البايع كان اعتقه قبل البيع وكذبه البايع
فقضى القاضي على المشتري بالثمن لم يبطل اقرار المشتري بالعتق لانه قضى بخلاف الاقرار
بنا على استصحاب الحال وكذا الغريم اذا ادعى الايفا او الابرا وجحد صاحب الدين وحلف وقضى
القاضي بالدين له على الغريم لا يصير الغريم مكذبا فيما ادعى حتى لو وجد بينة على الابرا والايفا واقام
تقبل لكن هذه العلة اعتمد عليها اكثر المشايخ واختلف الجواب في جنس هذه المسائل في الكتب في
بعضها شرط ان يكون القضا بالبينة وفي بعضها لم يشترط والحاصل ان القضى اذا كان بالبينة او
بدليل ظاهر سوى البينة يبطل اقراره ويصير مكذبا والا فلا والقضا بالدين بمنزلة القضا بالبينة
لانهما تصادقا على قيام الدين ثم ادعى القضا بخلاف مسالة الاعتاق لان ثمه لم يتصادقا على صحة
البيع بل المشتري انكر الانعقاد فلا يظهر القضا في ابطال العتق وفي مسالة الدين بوجود
البينة ظهر الخطا في القضا وكذا في مسالتنا لو اقام البينة لان البينة اقوى واليمين الكاذبة اولى بالرد من
البينة العادلة والوجه الثاني وهو الاصح ان المامور انما يرجع على الامر وان صدقه لان المامور

بقضا الدين بمنزلة الوكيل بالشرا فان الامر وكله بان يشتري له من صاحب الدين ما في ذمته
كالوكيل بشرا العين فانه لو وكله بان يشتري له عبد فلان بالف درهم وينقد الثمن من ماله
فقال اشتريت ونقدت الثمن وصدقه الامر وكذبه صاحب العبد فانه لا يرجع على الامر بشي لانه
انما اقر له بالثمن بشرط سلامة المبيع له ولم يسلم وكذا لو اشترى عبدا اقر انه للبايع فاستحق من
يده كان له ان يرجع على البايع بالثمن وان لم ينقده لا يعطي لانه انما وجب عليه الثمن بشرط سلامة المبيع
له فاذا لم يسلم له المبيع لا يجب عليه الثمن وذكر القدوري انه يرجع رب الدين على المديون بالدين و
يرجع المامور على المديون بما قضى وكذا لو ادعى المامور القضا وكذبه الامر وصاحب الدين اولى
ولو اقام المامور البينة على القضا يقبل ويبرا الامر عن دين رب الدين ويرجع المامور على الامر
لان الثابت بالبينة العادلة اذا قبلت كالثابت معاينة ولو عاين القاضي ذلك كان الحكم ما ذكرنا كذلك
هنا وانما قبلت هذه البينة لانها قامت من خصم على خصم لانها قامت على اثبات امر جرى بين
المامور وبين صاحب الدين فيكون المامور خصما في اثباته عليه كما لو ثبت عقدا اخر بينهما وليس
لصاحب الدين ان يرجع على الامر اذا كذبه في القضا وان اقر بقيام دينه في ذمته الا ان القاضي كذبه في
اقراره بالقضا بالبينة فبطل اقراره وفي الوجه الاول بطل حق الرجوع لصاحب الدين على المديون
ان لم يود وان ادى له ان يرجع عليه ويسترد منه ما اعطى ولو كان الطالب غايبا وادعى المامور القضا
على الامر واراد الرجوع عليه فانكر القضا كان القول قوله فان اقام المامور البينة عليه على القضا
تقبل بينته ويقضى عليه بالرجوع وعلى الغايب بالقبض حتى لو انكر القبض لا يلتفت اليه لان
الحاضر انتصب خصما من الغايب وقدم هذا في الضمان والكفيل بمنزلة المامور في جميع ما ذكرنا
يريد به انه اذا ادعى انه قضى دين المكفول له وانكر المكفول له وصدقه المكفول عنه لان الكفيل بامر
مامور بقضا الدين ايضا الا ان الكفيل يرجع بما كفل اذا ادى دون الدين وادى بخلاف جنس الدين
لانه انما يرجع باعتبار انه ملك ما في ذمته من الدين بقبول الكفالة لا بالادا ولهذا يرجع لو وهب
المكفول له الدين او مات المكفول له والكفيل وارثه ويطالبه قبل الادا والمامور انما يرجع بما ادى
لا شي في ذمته قبل الادا وهو متبرع في الادا فلا يرجع بدونه ولا بغير المودى وقوله ادفع بمنزلة
اقض في جميع ما ذكرنا ولو قال ادفع الى رب الدين الغايب يقبضها من دينه الذي له علي على اني ضامن
لها او قال ليقبضها من دينه فقال دفعت وصدقه الامر وكذبه صاحب الدين فالقول قول رب الدين
ويرجع على الغريم بدينه لما قلنا ويرجع المامور على الامر فرق بين هذه المسالة وبين مسالتين احديهما
مسالة اول الباب والثانية لو قال الامر للمامور ادفع اليه الف درهم قضاء من دينه علي اني ضامن لها فقال
المامور قد دفعت وصدقه الامر وكذبه صاحب المال وحلف فالقول قوله ويرجع على الغريم بدينه ولم يرجع
على الغريم بدينه ولم يرجع المامور على الامر كما في مسالة اول الباب والفرق بين المسالة الثانية والثالثة ان في المسالة
الثانية انما امره بدفع الف درهم مطلقا على انه ضامن لها لانه لم يصف المدفوع بصفة وهو ان يكون قضا فانه قال ادفع الى
هذا الرجل الف درهم وقوله يقبضها من الدين او من الالف الذي له او ليقبضها لا يصلح تفسيرا للدفع الذي
ذكره اولا لانه اسم وقوله يقبضها اخبار عما يصنع المدفوع اليه في الالف فاذا لم يصلح تفسيرا بقي الامر

المامور بالدفع مطلقا فصار كانه قال ادفع الى فلان الف درهم على اني ضامن لكن ما اندفع لكنه يجب الضمان
على الامر متى دفع المامور الى فلان الفا ويرجع عليه باي جهة رجع وقد ثبت الدفع بتصادقهما وليس
للدفع علامة يصير مكذبا بانتفا تلك العلامة فيرجع عليه باقراره بخلاف قوله قضا بحقه لانه
امره بدفع موصوف بصفة وهو ان يكون قضا لان قوله قضا تفسير للدفع الذي ذكره مطلقا ولهذا
انتصب ويسمى هذا نصبا على التفسير كما يقال ادفع الى فلان درهما وقوله تعالى اني رايت احد عشر كوكبا
فصار كانه قال اقض الدين الذي لفلان علي ولم يثبت القضا بتصادقهما لانتفا علامته وهو فراغ
ذمته وعدم سلامة ما في ذمته فلا يرجع نظير الاولى قوله داري لك هبة يسكنها تكون هبة الدار
منه لان قوله يسكنها لا تصلح تفسيرا لقوله داري لك لانه فعل وليس بصفة فبقي قوله داري لك
مطلقا غير مقيد بوصف فتكون هبة ومثال الثاني قوله داري لك هبة سكنى تكون عارية لان قوله
سكنى تصلح تفسيرا لقوله داري لك وكذا قوله هبة لان الهبة تحتمل هبة الرقبة وتحتمل هبة المنفعة
وقوله سكنى محكم في تمليك المنفعة فتكون عارية ثم فرع محمد وهو الفرق بين المسالتين من وجه اخر فقال
لو انكر الامر الدفع والقضا واقام المامور البينة على الدفع والقضا في الاول لا يبرا الغريم عن الدين
ويرجع المامور وفي الفصل الثاني يبرا الامر عن الدين والفرق وهو ان البينة انما تقبل من الخصم وهو في
المسالة الاولى خصم في اثبات مطلق الدفع لانه انما يصير خصما لحاجته الى الرجوع على الامر وانه
الرجوع على الامر باثبات مطلق الدفع من غير اثبات الدفع بجهة فلا ينتصب خصما في اثبات
الدفع بجهة القضا فلا يثبت الدفع بجهة القضا والدفع بغير قضا لا يثبت حق الرجوع كما لو وهب
المامور للطالب الف درهم الا ترى انه ادعى عينا في يد رجل وقال صاحب اليد هو ملك فلان وديعة
عندي واقام البينة تقبل في حق الايداع لا في اثبات الملك لفلان لان حاجته الى دفع الخصومة
وذلك يتعلق بالايداع لا بملك فلان وفي المسالة الثانية احتاج المامور الى اثبات الدفع بجهة القضا
لانه لا يمكنه الرجوع على الامر الا باثبات الدفع بجهة القضا فصار خصما في اثبات الجهة فتقبل بينته
ويثبت القضا فيبرا الغريم رجل قال لغيره لفلان علي الف درهم فبعه عبدك بها فهو جائز لان
تقدير هذا الكلام كانه قال لصاحب العبد بع عبدك الطالب بديني واقض ديني بثمنه ولو صرح بهذا
جاز لانه وكله بقضا دينه من ماله فصار هذا والاول سوا ولا يقال ان المبيع بدين على الغير فاسد فيكون
هذا امرا ببيع فاسد لانا نقول لا نريد بهذا ان يبيعه بذلك الدين بل نريد به انه يبيعه بمثل ذلك الدين
ثم المقاصة بذلك الدين هذا هو الظاهر حيث قصد بذلك براة ذمته عن دين الطالب فيكون هذا والا
والامر بالقضا سوا لانه وجب للمامور على صاحب الدين ثمن العبد لان الدراهم لا تتعين في المعاوضات
عينا كان او دينا ثم يصير قضا ضامنا بما له على المديون كما لو وجب له بحقيقة القضا عليه دينا ثم يصير
قضا ضامنا لدين الدين على الامر فان قال المامور بعت وقبضت صاحب المال وصدقه
الامر وكذبه صاحب الدين في البيع او صدقه في البيع وكذبه في التسليم فالقول قول صاحب
الدين ويرجع على الغريم بدينه ولا يرجع المامور على الامر بشي اما القول قول رب المال اما
اذا انكر البيع فلانه انكر القضا حقيقة وحكما فكان القول قوله واما اذا اقر بالبيع

وانكر القبض فلوجهين احدهما ان الآمر والمامور يدعيان قضا الدين وهو ينكر فكان القول قوله كما في
المسائل المتقدمة الا ان هذا الوجه غير سديد لان رب المال سبق منه الاقرار بالاقتضا لانه اقر ببيع العبد
منه بدينه فصار مستوفيا دينه حكما للمقاصة لكنه ادعى انتقاض الاقتضا بعد ذلك بهلاك العبد قبل
القبض وانكر الامر والمامور انتقاض القضا الا ترى انه لو اقر انه باع عبده من فلان بشرط الخيار وادعى
المشتري البيع البات وانكر اشتراط الخيار او ادعى العارض فلا يقبل قوله والوجه الثاني وهو الصحيح
وهو ان رب المال انكر قبض المبيع والمشتري متى انكر قبض المبيع كان القول قوله مع يمينه وهذا لان
المقاصة انما تقع بعد تقرر الثمن على المشتري والتقرر انما يكون بالقبض واذا جعل القول قوله
لم يثبت الاقتضا فاذا حلف يرجع على الغريم بدينه ولا يرجع المامور على الامر بشي لما
قلنا ان قضا الدين لم يثبت كما في مسالة اول الباب ولو اقام البايع البينة على البيع والتسليم
تقبل بينته ويبرى الآمر من الدين ويرجع البايع على الامر لان الثابت بالبينة المعادلة اذا
قبلت كالثابت عيانا وقد قبلت لانها قامت من خصم على خصم لانه يثبت فعله على المشتري
ولو كان صاحب المال غايبا وادعى المامور البيع والتسليم واراد الرجوع وانكر الامر واقام
المامور البينة على ما ادعى تقبل بينته ويقضى بالرجوع على الامر وبالبيع والتسليم على الغايب
حتى لو حضر وانكر لا يلتفت الى انكاره لما ذكرنا انه صار مقضيا عليه بالقضا على الامر لما ذكرنا
ان الانسان ينتصب خصما في اثبات سبب حقه كما ينتصب في اثبات حقه الا ترى الى
ما روي عن ابي يوسف رحمة الله لو ان رجلا صالح من دار ادعاها في يد رجل على مائة درهم وهو
جاحد فلا شفعة للشفيع فيها فان اقام الشفيع البينة انها للذي ادعاها تقبل بينته وله ان
ياخذها بالشفعة بالصلح يعني بمائة درهم لانه يثبت سبب حقه وهو حدوث الملك فيها لصاحب
اليد فصار خصما فيه كما لو اثبت الشرا ولو امر المديون صاحب العبد ان يصالح رب الدين على عبده
فقال المامور فعلت وقبض وصدقه الامر وقال رب المال لم اقبض العبد فالقول قول رب المال لما ذكرنا
فلو اقام المامور البينة على ما ادعى تقبل بينته والجواب فيه كالجواب في البيع الا في فصل واحد
وهو ان في البيع يرجع المامور بالدين على الامر وفي الصلح يرجع بقيمة العبد ولا فرق بينهما من حيث
المعنى لان المامور في المسالتين انما يرجع بما حصل به قضا الدين وفي مسالة البيع القضا حصل بالثمن
لان البيع اذا اضيف الى دين لا يتعلق العقد بذلك الدين وانما يتعلق بمثله دينا في الذمة ثم تقع
المقاصة بين الدينين فصار المامور قاضيا دينه من العبد كانه قبضه ثم قضاه ولهذا لو باع
عينا بدين ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين يصح البيع ويرجع بالثمن اما في الصلح القضا وقع
بعين العبد لان الصلح متى اضيف الى عين تتعلق بعينه ولا توجب دينا على المصالح لانه اسقاط
ولهذا لو صالح من ذي اليد على عين ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين يبطل الصلح واذا وقع القضا
بعين العبد صار صاحب العبد مقرضا له العبد ليقضي دينه به ومن استقرض من اخر عبدا ليقضي
به دينه وقضى الدين يضمن قيمة العبد قلت قيمته او كثرت ولا ينظر الى الدين لان مثل
العبد قيمته كذلك هنا الا ترى ان رجلين لو كان لهما على رجل دين فاشترى احدهما منه بنصف الدين

الدين ثوبا ليس لصاحبه ان يشاركه في الثوب وانما يرجع عليه بربع الدين وهو نصف حصته ولو صالح
من نصف الدين على ثوب له ان يشاركه فيه وليس له ان ياخذ منه ربع الدين الا ان يرضى المصالح
يقع على عينه والشرا يقع على غيره وذكر في الشفعة اذا ادعى رجل على رجل الف درهم فصالحه منها
على دار بعد الاقرار او الانكار فسلم الشفيع الشفعة ثم تصادقا انه لم يكن له عليه شي فرد الدار عليه
بحكم او بغير حكم فلا شفعة فيها لان ما وجب له من الشفعة قد ابطل بالتسليم والرد بهذا التصادق
ليس بعقد فلا يتجدد به الشفعة كما لو تصادقا ان البيع كان تلجية او رهنا بمال وقد سلم الشفيع ثم
وان لم يكن سلم الشفعة فله ان ياخذها ولا يصدقان على ابطال حقه الا على قول زفر وهو رواية
عن ابي يوسف واصله فيما اذا كان البيع تلجية او بخيار البايع وفسخ ولو كان باعه بالمال المدعى
دارا وسلم الشفيع ثم تصادقا ان لا دين فالبيع ماض ولا ترد الدار ولو رد فله الاخذ بالشفعة بحكم
الرد لان البيع كان صحيحا فكان بمنزلة الاقالة في حق الشفيع رجل في يديه الف درهم وديعة
لرجل عليه ايضا لرجل اخر الف درهم دين فسال الغريم صاحب الوديعة ان ياذن له في قضا دينه
من الوديعة فاذن له في ذلك فقال المديون قضيت الدين من الوديعة وصدقه صاحب
الوديعة وكذبه رب الدين فالقول قوله مع يمينه لما قلنا واذا حلف يرجع على المديون بدينه
ويرجع صاحب الوديعة اما رجوع رب الدين فلان القضا لم يثبت واما رجوع صاحب
الوديعة ففرق بينه وبينما تقدم والفرق وهو ان فيما تقدم الآمر مع المامور تصادقا على
الدفع الموصوف بصفة وهو القضا الا انه لم يثبت الوصف وهو القضا في حق الغريم ثم
لانعدام امارة القضا وهو سقوط المطالبة بقي مجرد الدفع غير موصوف بصفة القضا
وذلك لا يكون سبب الضمان على الغريم لانا ذكرنا في الباب ان المامور بالدفع لا على وصف
القضا صار مستهلكا ماله بالدفع لكن المدفوع مال الدافع ومن استهلك مال نفسه بامره لا
يجب الضمان على الآمر كما لو امره بالقا ماله في البحر او بحرق ثوبه ففعل لا يجب الضمان على الامر
فهنا اولى الا ترى انه لو اكرهه بان يبيع ثوبه بالف درهم فباعه بكر حنطة قيمته عشرة لا يضمن
شيئا لانعدام الوصف كذلك هنا وهنا المدفوع مال صاحب الوديعة والدافع هو المودع والمال
في يده امانة ان ثبت الدفع قضا لا شك في وجوب الضمان عليه وان لم يثبت وليس
المال في يده ولم تثبت يد غيره عليه وانما صار هكذا بقوله فصار مضيعا للوديعة
لانه لا يدري اين هو ويضمن لان الوديعة مما تضمن بالتضييع وفي الفصل الاول ليس المال
في يده حتى يوصف بالتضييع ولانه مستقرض في الوجهين الا انه اذا كان المال في
يده صار قابضا بيد نفسه والعقد سببا للضمان وفي الفصل الثاني لو صار قابضا لصار
قابضا بيد الطالب ولم تثبت يد الطالب فلا يتم الاستقراض بدون القبض فلا ينعقد
سببا للضمان عليه ولان دفع مال الغير سبب للضمان وضعا وقد تيقنا بوجوب الضمان
اما بالاستقراض وبالاستهلاك بخلاف الاول ولو كانت الوديعة عبدا فاستاذن الغريم
صاحبه ان يصالح رب المال عليه فاذن له فقال فعلت وسلمت وصدقه صاحب العبد

وكذبه رب الدين وحلف انه ما صالح او ما قبض منه شيئا رجع رب المال بدينه على الغريم ويرجع
صاحب العبد على المودع بقيمته لما قلنا الا ان الفرق بينهما ان ثمة يرجع عليه بالدراهم وهنا
يرجع بقيمة العبد والفرق ما ذكرنا انه انما يرجع بما وقع به القضا وفي الدراهم القضا وقع بالدراهم
وفي الصلح القضا وقع بعين العبد لانه يصير مستقرضا عين العبد فيرجع بقيمته ولانه امره
بقضى الدين من عينه ولم يثبت فبقي اقراره بدفعه وهو سبب الضمان والعبد يضمن بالقيمة وثمه
لم يثبت القضا ايضا فبقي مضمونا والدراهم مضمونه بمثلها ولو استاذنه في ان يبيع العبد بدينه فاذ
فاذن له فقال بعت وسلمت وكذبه رب الدين وحلف رجع رب الدين بالمال على الغريم ولا يرجع
صاحب العبد على المديون بشي وليس البيع في هذا كالصلح والفرق ان الغريم في الصلح والتسليم
عامل لنفسه لان القضا في الصلح يقع بعين ما وقع عليه الصلح لا ببدله ولهذا يرجع صاحب
العبد بالقيمة لا بالدين فكان في الصلح على العبد وتسليمه عامل لنفسه لان الانسان فيما يقضي دينه
يعمل لنفسه لا لغيره فكان الجواب فيه كالجواب فيما اذا كانت الوديعة الفا وباقي المسالة على
حالها فاما في البيع فالغريم في البيع والتسليم عامل لصاحب الوديعة لا لنفسه لان القضا
ما بعين ما وقع عليه العبد وانما وقع بقيمته ولهذا يرجع صاحب العبد بالقيمة بالدين فكان
في الصلح على العبد وتسليمه عامل لنفسه لان الانسان فيما يقضي دينه يعمل لنفسه لا لغيره
فكان الجواب فيه كالجواب فيما اذا كانت الفا وباقي المسالة على حالها فاما في البيع فالغريم
في البيع والتسليم عامل لصاحب الوديعة وانما وقع بقيمته ولهذا يرجع صاحب العبد
على الغريم بالثمن لا بقيمة العبد ومتى كان في البيع والتسليم عاملا لرب المال لم يصلح هذا
سببا للضمان والقضا وقع بصيرورة الثمن قصاصا عما عليه ولم يوجد من الغريم في الثمن سبب
يجب به الضمان فانه لم يوجد منه تسليم الثمن وانما وجد منه تسليم العبد باذنه فيما كان عاملا لنفسه
لم يوجد منه سبب الضمان وهو التسليم وفيما وجد التسليم لم يكن سبب الضمان فلم يوجد سبب
الضمان اصلا وهذا لانه لما كان بمنزلة الوكيل بالبيع وقضا الدين من الثمن الذي هو مال قبضه
بايعا لصاحب العبد قاضيا دينه من ثمنه فلما لم يظهر القضا صار كان الثمن توى على المشتري فكان التوى على
الوكيل بخلاف الصلح واما اذا كانت الوديعة دراهم ولان في الصور كلها يصير مستقرضا ما وقع به القضا
ففي البيع القضا وقع بالثمن والثمن ليس في يده حتى يوصف بالتضييع عند انكار الطالب الاقتضا
ولا يتحقق معنى الاستقراض ايضا لانه ليس في يده حتى يصير قابضا بخلاف الصلح والدراهم لان القضا
وقع بعين الوديعة وهو في يده فامكن وصفه بالتضييع ويتحقق معنى القرض ايضا فيضمن هذا
كله اذا ادعى المامور البيع والصلح والقضا وانكر صاحب الدين وصدقه الامر اما اذا ادعى الغريم
الهلاك في يده قبل البيع والصلح والقضا وصدقه صاحب الدين وكذبه صاحب العبد وادعى
البيع والصلح والتسليم واقام البينة انه باع منه وقبضه المشتري تقبل بينته في حق الغريم حتى
يرجع عليه في البيع بالثمن وفي الصلح بالقيمة ولا يقبل في حق الطالب حتى كان له ان يرجع على الغريم
بدينه فرق بين هذا وبين ما اذا اقام الغريم البينة على البيع والتسليم حيث لا يرجع صاحب المال على

الغريم وتقبل بينته في حقهما والفرق ان الغريم متى اقام البينة على البيع والتسليم ثبت البيع و
القبض في حق صاحب الوديعة ورب المال جميعا لانه فيما يثبت خصم من كل وجه لانه يثبت البيع والتسليم
بعقد جرى بينهما ولهذا ترجع حقوق العقد من قبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق وغير ذلك اليهما
فصار الثابت بالبينة كالثابت معاينة في حقهما اما صاحب العبد فيما يثبت من البيع والتسليم سبب
لثبوت ما يدعي على الغريم والحاضر ينتصب خصما عن الغائب اذا كان ما يدعي على الغائب سببا لثبوت ما يدعي
على الحاضر محالة وبين الحاضر والغائب اتصال سبب بين الحاضر والغائب اتصال سبب وهو امره اياه
بالبيع وليس بخصم من وجه من حيث انه يثبت بيعا باشره غيره وهو الغريم الا ترى انه لا يكون خصما
في استيفا حقوقه من قبض الثمن وتسليم المبيع كالاجنبي فكان خصما من وجه دون وجه ولو لم
يكن خصما اصلا كان لا يثبت البيع بهذه البينة في حق احد كما لو اقامها الاجنبي ولو كان خصما من كل
وجه يثبت في حقهما فاذا كان خصما من وجه دون وجه ثبت في حق صاحب الوديعة فيرجع عليه
بثمنه ولم يثبت في حق رب المال فلا يبرا الغريم عن دينه عملا بهما ولو ان الغريم استاذن رب العبد في
ان يرهن بدينه فاذن له فقال قد رهنت وقبضه ومات في يده فبطل دينه وصدقه صاحب العبد وكذبه
رب المال فالقول قول رب المال وهو المرتهن لانه انكر الاقتضا على ما ذكرنا فان حلف رجع بدينه ولم
يرجع صاحب العبد بشي على الغريم جعل الجواب في الرهن كالجواب في البيع دون الصلح لان الغريم في
رهن العبد وتسليمه الى الطالب عامل لرب المال لا لنفسه لان قضا الدين في الرهن لا يقع بعين
العبد وانما يقع بما صار الرهن مضمونا به وهو الدين حكما بالمقاصة ولهذا يكون مضمونا بالدين لا
بقيمته ولا يملك المرتهن عينه فما وجد من الغريم وهو الرهن وتسليم العبد لا يصلح سبب الضمان
لانه في ذلك عامل لصاحب العبد وما كان سبب الضمان وهو وقوع المقاصة حكما لهلاك الرهن
لا صنع له في ذلك فصار الجواب في الرهن كالجواب في المبيع فلو اقام الغريم البينة على الرهن
والتسليم تقبل بينته مطلقا في حق صاحب العبد ورب الدين حتى يبرا عن الدين ويضمن لصاحب العبد
الاقل من قيمته ومن الدين لانه انما يصير مستقرضا بقدر ما وقع به القضا فيضمن ذلك وان اقام
صاحب العبد البينة على الرهن والتسليم والموت بعد القبض في يد رب المال تقبل بينته في حقه
حتى يرجع على الغريم ولا تقبل في حق صاحب العبد حتى يرجع على الغريم بدينه كما قلنا في البيع
في العيون عن محمد رحمه الله لو ان رجلا قال لاخر ان فلانا قال لي اقرضتك الف درهم فقد وكلتك
بقبضها منه فقال الوكيل قد قبضته وقال المقرض قد دفعتها الى الوكيل وانكر الموكل كان القول قول الموكل
وقال ابو يوسف فيما روي عنه ان القول قول الوكيل لان الدافع والمدفوع اليه تصادقا على القبض
فلا يعتبر قول غيرهما اذ الوكيل انما اقر بقبض موصوف بصفة وهو اقتراض فقبض الموكل به فلم يلزمه
ضمانا بهذا الاقرار وجه قول محمد رحمه الله انه اقر بقبض مال مضاف اليه واعتراف
الدافع والقابض ان المال له الا ان القابض ادعى اذنا وتسليطا من جهته وهو منكر فكان القول
قوله كما لو باع عبدا من اعيان ماله او دفع الى غيره وادعى الامر وانكر المالك كان
القول قوله كذلك هنا الا ترى انه لو قبض ماله وادعى انه امره بحفظه وانكر المالك كان

القول قوله والله اعلم باب من البيوع التي يرجع فيها بالعيب والتي لا يرجع اصل الباب
ان المشتري متى وجد بالمبيع عيبا ثم قطع ملكه عنه بان باعه من غيره او وهبه او تصرف تصرفا يدل
على الرضا بالعيب وابقا المبيع في ملكه وابقا ملكه فيه بان عرضه على البيع او وطي او قبل او لمس
بشهوة او اجر او رهن او كاتب فذلك رضى منه بالعيب ولا يرد ولا يرجع بنقصان العيب لان
العرض على البيع للبيع والحاجة الى ثمنه وذلك دليل الرضا بسقوط حقه من الثمن المدفوع الى
البايع ودليل الرضا كتصريح والوطي ودواعيه لا تحل الا في الملك المنفرد فاقدامه دليل الرضا بتقرير
الملك الا ترى انه لو وجد ذلك قبل العلم بالعيب يمتنع الرد فبعده اولى الا ان قبل العلم لم يصر
راضيا بالعيب فيرجع بالنقصان وبعد العلم يصير راضيا فلا يرجع وبالاجارة والرهن والكتابة
لغيره حقا لازما في المبيع وذلك يعجزه عن الرد فيكون دليل الرضا بالعيب وكذا لو وجد به قرحا
فداواه او ركب الدابة في حاجته او كان ثوبا فلبسه لان الانسان قلما يفعل ذلك في ملك غيره الا انه
استحسن في الدابة اذا ركبها ليعلفها او ليردها انه لا يكون رضى لانه يحتاج الى سوقها وربما لا ينقاد
لها ما لم يركبها بالركوب لاجله لا يكون دليل الرضا وانما يكون دليل الرضا اذا ركبها في حاجة نفسها
ولو استخدم الجارية بعد العلم بالعيب فهو رضا في القياس لانه استخدمها بحكم فيها فكان الاقدام
عليه دليل الرضا بتقرير ملكه وفي الاستحسان لا يكون رضى لان الناس قد يتوسعون في
الاستخدام فقد يستخدم الانسان ملك غيره بامره وبغير امره وانما يستخدمها للاختبار
انها مع هذا العيب هل تصلح للخدمة ام لا فكان من باب الاختبار لا من باب الاختيار وهذا
كله اذا كان بحال لولا قطع ملكه يتمكن من الرد اما برضى البايع او بغير رضاه اما اذا كان هذه
التصرفات في حالة لا يتمكن من الرد وان رضي البايع لا يبطل حق الرجوع بالنقصان لان حقه
تعيين فيه فلا يصير بهذه التصرفات ممسكا وراضيا على ما ذكرنا في الابواب المتقدمة ولو انتهى
ملكه بان اعتقه ثم وجد به عيبا ان كان على مال فهو بمنزلة البيع والهبة فيما رواه ابو يوسف عن ابي حنيفة
رحمهما الله لانه ازال ملكه بعوض فهو كالبيع وفي رواية اخرى يرجع بنقصان العيب لان العتق
منهي سوا كان بعوض او بغير عوض ولهذا يثبت الولا في الموضعين وان كان بغير عوض ففي
القياس لا يرجع لانه تعذر الرد بفعله فهو كما لو قتله وكالاعتاق بمال وهذا لانه لما اكتسب شيئا
يتعذر الرد مع التمكن منه كان حابسا له فكانه حبسه بيده ويريد الرجوع بالنقصان وفي الاستحسان
يرجع لان ملكه تقرر فيه بما صنع لانه منهي للملك لان الملك في الادمي انما يثبت الى وقت العتق
والشي ينتهي بمضي وقته والمنتهي متقرر في نفسه ولهذا يثبت الولا والولا اثر من اثار الملك
فبقاؤه كبقا اصله فمتى تعذر الرد مع بقا الملك المستفاد بالشرا حقيقة او حكما يرجع بالنقصان
لانه استحق المبيع بصفة السلامة كما لو بقيت في يده يوضحه انه لو مات عنده يرجع بنقصان
العيب لان بالموت ينتهي مدة حياته والملك فيه باعتبارها فكذا بالعتق ينتهي الرق والملك
والمالية فيه باعتباره واما اذا قتله فقد روي عن ابي يوسف انه يرجع لانه ميت باجله
وفي ظاهر الرواية انه لا يرجع لانه فعل مضمون لولا الملك فيصير حابسا للبدل معنى لا يلزم على

على ما ذكرنا اذا اشترى حنطة وطحنها ثم وجد بها عيبا حنث يرجع بالعيب وان كان الطحن فعلا
فيصير حابسا للبدل لان الجنس البدل انما يقوم مقام حبس البدل اذا امكن وانما يمكن اذا لم يكن
المبدل في ملكه وهنا المبدل في ملكه وهو الدقيق فانعدم شرط الاقامة بخلاف القتل ولو قتله
اجنبي واخذ المشتري قيمته لا يرجع بالنقصان في ظاهر الرواية لانه اخذ بدله بمنزلة المبيع
وروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه يرجع لانه انما وصل اليه قيمة المعيب لا بدل الجزء الفايت
وكذا لو كان ثوبا فاحرقه اجنبي او طعاما واكله الاجنبي وحرف اخر ما ذكرنا غير مرة ان اقرار الانسان
حجة في حقه لا في حق غيره والمشتري اذا اقر بالمبيع لغيره نفذ اقراره بعقد منعقد صحيح كان نافلا
ملكه الى غيره فيبطل حقه في الخصومة بالعيب كانه باعه واذا اقر بذلك قبل اقراره بعقد منعقد صحيح
او نفذ اقراره بعقد غير منعقد لم يصر ناقلا للملك الى غيره فلا يبطل حقه في الخصومة مع البايع
بالعيب اذا عرفنا هذا قال محمد رحمة الله رجل اشترى من رجل عبدا بالف درهم وتقابضا ثم
شهد المشتري ان البايع كان اعتقه قبل البيع او دبره او كانت امة فاستولدها وانكر البايع
ذلك وحلف فان القاضي يقضي بعتقه في الحال في دعوى العتق وولاؤه موقوف ويكون جنايته
في كسبه ولو مات فتركته لبيت المال اذا لم يكن له وارث غير البايع والمشتري وفي دعوى امومية
الولد والتدبير يجعلها ام ولد موقوفة او مدبرا موقوفا ان مات البايع عتق لان المشتري اقر
بحرية المبيع وكونه مدبرا او ام ولد وتحت اقراره شيان احدهما على البايع وهو فساد البيع والرجوع
عليه بالثمن والاخر على نفسه وهو حرية العبد وحرمة الانتفاع به فيثبت ما كان عليه دون ما كان
على غيره ويكون الولا موقوفا لان كل واحد منهما ينفي الولا عن نفسه ويعتق بموت البايع لانه
اقر بتعلق عتقه بموته فصار كما لو اقر بتعلق عتقه بشي اخر فان وجد المشتري بالعبد عيبا كان
عند البايع رجع بنقصانه وهذا استحسان والقياس ان لا يرجع بناء على ان المشتري لما لم
يصدق في هذا الاقرار على البايع انقلب عليه فصار كانه اعتقه المشتري او دبره ولو انشا العتق
او التدبير كان على القياس والاستحسان على ما ذكرنا وهذا لانه انما لا يكون له حق الرجوع بالنقصان
اذا كان حابسا للمبيع ولا يمكن تصوير الحبس في هذه الوجوه لانه انما يكون حابسا بحبس عوض
او بيد غيره قائما مقامه كما في البيع والهبة والعتق والتدبير ازالة الشي عن ملكه لا الى احد واخراج
عن محلية النقل من ملك الى ملك او تنقيص لا يمكن تصوير الحبس فيه بخلاف الاعتاق بمال
لانه وصل اليه عوض العيب فان ما اخذه من البدل عوض عن الاجزا كلها وقد وصل اليه عوض العيب
وعوض العيب لو وصل اليه حال قيام الملك مرة بان تعيب عنده بعيب اخر ورجع بنقصان
العيب مرة اخرى كذلك هنا الا ان قدر النقصان متفق عليه فيما بينهما لان المشتري يزعم
فساد البيع والرجوع بجميع الثمن والبايع يقر بصحة البيع ووجوب رد قدر النقصان له
فيرجع بذلك وكذا لو ادعى انه حر الاصل وانكر البايع ثم وجد به عيبا فالجواب ما ذكرنا
في دعوى الاعتاق الا ان هنا الا ولا عليه لاحد ولو اقر المشتري ان العبد كان ملكا لفلان
وانه باعه بغير امره وكذبه البايع ثم وجد به عيبا فهذه على وجهين اما ان صدقه فلان

اوكذبه فان صدقه له ان ياخذ العبد منه ان شاء وان شاء اجاز البيع واخذ الثمن من المشترى
لان تصادقهما حجة فى حقهما لا فى حق البايع فلو وجد المشترى بالعبد عيبا لم يرجع على
البايع بنقصان سوا اخذ المقر له العبد منه او اجاز البيع بعلة ان حقوق العقد ترجع
الى العاقد اما اذا اخذ فلان المشترى اقر ان البيع قد انفسخ لما لم يجز المقر واخذ العبد وهو
فى حق البايع بمنزلة التمليك المبتدا من المقر له واما اذا اجاز فلان المشترى باقراره ازال المبيع
عن ملكه الى ملك غيره فى حال ما يقدر على رده على البايع لو اطلع على عيب به برضى البايع او بغير رضاه
فلا يرجع بالنقصان وكذا لو اقر انه باعه من فلان قبل ان يبيعه منى وصدقه فلان واجاز البيع او اخذ
منه لما ذكرنا وفى الوجه الثانى وهو ما اذا كذبه ثم وجد به عيبا رده بالعيب لانه بعد ما زال العبد عن
ملك المشترى الى ملك المقر له عاد الى قديم ملك المشترى فى حقه وحق البايع لانه تكذيب المقر له من
كان فيما يحتمل النقض بعد ثبوته يفسخ اقرار المقر من الاصل فيما بين المقر له وفى حق الثالث
لان الاقرار قبل التصديق غير لازم فى حق المقر له حتى ينفرد بالفسخ من غير قضا والا رضى فصار كما لو
باع المشترى العبد من رجل لم يره او يشترط الخيار ثلاثة ايام او وجد المشترى به عيبا قبل القبض
فرده او رده بعد القبض بقضا حتى عاد الى قديم ملك البايع فى حقه وحق البايع كان له ان يرده
بالعيب كذلك هنا بخلاف الاقرار بالعتق والتدبير لانه لا يحتمل الفسخ هذا اذا كان اقرار
المشترى بالعبد لغيره قبل روية العيب والعلم به اما اذا كان اقراره بعد روية العيب فكذلك
الجواب ان صدقه المقر لم يرجع بالنقصان رد البيع او جاز وان كذبه رده بالعيب فان قيل وجب
ان لا يرده بالعيب لان اقدامه على الاقرار وهو عالم بالعيب رضى منه بالعيب كما لو باع او وهب من غيره
وهو عالم بالعيب ثم عاد الى قديم ملكه عاذكرنا من الاسباب او عرض على البيع ولم يتفق له
البيع بل اولى لان بالعرض لا يزول عن ملكه وبالاقرار يزول قيل له البيع والهبة والعرض
على البيع انما يبطل حقه فى الرد لانه وجد من المشترى الرضا بالعيب دلالة لانه
يثبت للمشترى بالعلم بالعيب الخيار بين ان يستبقى ملكه فى العبد وبين ان يرد فلما باع
او وهب او عرض مع العلم فقد اختار استبقا ملكه لان هذه التصرفات المختصة بالملك فكان
ذلك رضى منه بالعيب دلالة فاما فى الاقرار لم يوجد الرضا بالعيب دلالة لانه ما اختار
استبقا ملكه فى العبد لانه اختار فى الموضوع وليس بتمليك ولهذا صح الاقرار بالخمر من المسلم
للمسلم ولو اقر بما لا يملك ثم ملك اخذ به ولو اقر بالمشاع فيما يحتمل القسمة يصح فلم يكن
الاقدام على الاقرار مع العلم بالعيب اختيارا لاستبقا الملك فى العبد فلم يوجد الرضا
بالعيب دلالة كما فى الاستخدام ولو وجد المشترى بالعبد عيبا وحدث عنده عيب اخر حتى امتنع
الرد واخذ نقصان العيب ثم اقر انه كان لفلان وصدقه المقر فى ذلك واخذه منه لا يرجع
البايع على المشترى بما اخذ منه من النقصان لانه بالاقرار لم يتبين انه رجع على البايع بنقصان
العيب بعد ازالة المبيع عن ملكه لان الاقرار فى حق البايع جعل ازالة للملك فى الحال لعدم صحة
اقراره عليه فصار كانه ازاله عن ملكه فى الحال بالبيع او الهبة فلا يتبين انه رجع على البايع

البايع بنقصان العيب بعد زوال المبيع عن ملكه وهذا لما ذكرنا انه يدعى على البايع استرداد
جميع الثمن والبايع اقر له بقدر النقصان ولو قال المشترى ان هذا العبد كان ملكا لفلان
وقد كان اعتقه قبل ان يبيعه منى ثم وجد به عيبا فهذه على ثلاثة اوجه اما ان صدقه المقر له
فى الملك والاعتاق جميعا او صدقه فى الملك وكذبه فى الاعتاق او كذبه فيهما ففى الوجه الاول
لا يرجع بنقصان العيب لانه بالاقرار ازال ملكه الى غيره فى حال ما يقدر على رده فيبطل حقه
فى الرجوع بالنقصان لان اقراره صح فى حقه لا فى حق البايع فصار فى حقه ناقلا وعتق العبد
من جهة المقر كانه يملك واعتقه والولا له وفى الوجه الثانى ياخذ المقر له العبد لا يرجع هو
بنقصان العيب لما ذكرنا ولا يعتق العبد لانه اقر له بالملك وشهد عليه بالاعتاق واقراره صحيح
لانه على نفسه وقد صدقه المقر له وشهادته عليه باطل لتكذيبه والتفرد ولو كذبه فيهما جميعا
وهو الوجه الثالث عتق العبد بزعم المقر موقوف الولا لانه ملكه ظاهرا ولو وجد به عيبا
له ان يرجع بالنقصان لان اقراره ارتد بالرد وهذا وما لو ادعى ان البايع كان اعتقه قبل البيع
سوا اذ لا فرق بين ان يدعى الاعتاق على البايع وكذبه او يدعى على غيره وكذبه فصار كانه اعتقه
بنفسه فكان له حق الرجوع بالنقصان لما ذكرنا طعن الحاكم ابو نصر محمد بن مهرويه والقاضى
الامام ابو جعفر الاستروشنى رحمهما الله وقالا ينبغى ان لا يرجع بنقصان العيب لان
المشترى ان زعم ان له حق الرجوع على البايع بجميع الثمن لكن البايع لم يقر له بشى من الثمن
فلا يرجع بحكم الاقرار فلو رجع رجع بحكم العيب ولا يرجع لانه ازال المبيع عن ملكه الى ملك
غيره فى حال ما يقدر على الرد بالعيب وهذا الاقرار لم يبطل لانه اقر بما لا يحتمل النقض بعد وقوعه لانه اقر بالملك
والعتق من جهته والملك بعد العتق بما لا يحتمل النقض ولهذا جعلنا البينة على الملك المؤكد بالعتق
وفروعه مقدمة على البينة على الملك المطلق والاقرار متى حصل بما لا يحتمل النقض لا يبطل
بتكذيب المقر له كالاقرار بالعيب الا ترى انه لو حصل بما لا ينفرد احدهما بالنقض بان اقر بالبيع
او الاجارة وكذبه المقر لا يبطل الاقرار لو عاد الى تصديقه يصح فهنا اولى الا ترى انه ذكر
بعد هذه المسالة ان المشترى اذا اقر ان العبد كان لفلان قبل ان يبيعه منى وقد باعه بغير
امره وقد اعتقه فلان بعد ما اشتريته وكذبه المقر له فى الاقرار بالملك والعتق جميعا ثم وجد
المشترى به عيبا كان عند البايع ذكر انه لا يرجع بنقصان العيب على البايع كما لو صدقه
المقر له فيهما او فى الملك والدليل عليه ما ذكر بعدها تين المسالتين ان المشترى لو اقر ان
العبد الذى اشتريته كان لهذا الرجل قبل ان يبيعه منى كان دبره او كانت امة فاقر انها كانت
لهذا الرجل استولدها قبل ان يبيعها منى وكذبه المقر فيهما ثم وجد المشترى بها عيبا لا يرجع له
بنقصان العيب فى الحالين والمعنى فى الكل انه اقر بما لا يحتمل النقض بعد وقوعه فلا يبطل له
بالتكذيب وهذا بخلاف مسالة اول الباب اذا اقر المشترى ان البايع كان اعتقه قبل ان يبيعه ثم
اطلع على عيب كان عند البايع لان ثمة لم يوجد ازالة المبيع عن ملكه الى ملك غيره اما
هنا وجد الاقرار بالملك لغير البايع ولم يبطل الاقرار بهذا التكذيب فكان

ناقلا الملك قال الصدر الشهيد علم ان الطعن صحيح فيجب ان يكون الجواب كما قالا من
المشايخ من تكلف لتصحيح ما قال محمد في الكتاب وقال بان المشتري ادعى على البايع جميع الثمن فانه
زعم انه باع حرا والبايع اقر بنقصان العيب لانه يقول بعت عبدا واقراره بالملك والعتق باطل
وانما عتق باقراره فكانه انشا اعتاقه واعتاق المشتري مما لا يمنع الرجوع بنقصان العيب فصار
البايع مقرا بنقصان العيب ولم يوجد من المشتري ما يبطل اقراره وهذا لانه ما اقر بملك العبد
والعتق لغير البايع بعد صحة الشرا لان في زعم المشتري ان شراه لم يصح اصلا لا في اشتريت
الحر فكان الجواب فيه كالجواب في مسالة اول الباب وهو ما اذا اقر ان البايع كان اعتقه وكذبه
البايع لانه لم يوجد منه ما يبطل اقرار البايع بقدر نقصان العيب له وهو الاقرار بملك العبد والعتق
لغير البايع بعد صحة الشرا بخلاف ما لو اقر ان المقر له اعتقه بعد ما اشتريته وباقي المسالة على
حالها لان في تلك المسالة ايضا البايع اقر للمشتري بنقصان العيب لكن وجد من المشتري
ما يبطل اقرار البايع له فانه زعم المشتري انه اقر بملك العبد والعتق لغير البايع بعد صحة الشرا
فان الشرا مال الغير منعقد صحيح ولهذا يملك بملك بدله فكان ناقلا وهذا مما يبطل حقه في الرجوع
بنقصان العيب الا ان يبطل حقه في الرجوع بنقصان العيب الا ان يبطل اقراره بتكذيب المقر له
ولم يبطل لانه اقر بما لا يحتمل النقض بعد وقوعه وبخلاف مسالة التدبير والاستيلاد لان
شرا المدبر صحيح لانه محل المبيع ولهذا لو جمع بينه وبين قن وباعهما في صفقة واحدة صح بيعه
في القن بما يخصه ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه ينفذ فاذا اقر لغيره بعد اقراره بعقد
منعقد صار ناقلا وكذا شرا ام الولد صحيح الا ترى ان قاضيا لو قضى بجواز بيعها ينفذ ومتى
لم يكن منافيا للملك يوم الشرا تمكن تصوير الخروج عن ملكه مضافا الى اقراره بعد الشرا
فامتنع به الرجوع بنقصان العيب وهذا لما ذكرنا انه وجد من المشتري ما يبطل اقرار
البايع له بنقصان العيب وهو اقراره بملك المبيع لغير البايع بعد صحة الشرا ولم يبطل
هذا الاقرار بتكذيب المقر بخلاف ما اذا اقر بالحرية وقت البيع لانها منافية لانعقاد العقد
فلا يملك تحقيق الازالة عن ملكه الى غيره مقتضى ما اقر فالحاصل انه انما يمتنع الرجوع بالنقصان
في موضع يمكن تحقيق الخروج عن ملكه بناء على ما زعم من العتق من غيره واذا اقر بالعتق من غيره نفذ
الشرا والعتق لا صحة له الا بالملك اقتضى هذا الاقرار الازالة عن ملكه مقتضى ما اقر به وامكن
العمل بمقتضاه لانه مقر بالملك وقيام الملك يوم البيع لم يثبت زواله بمقتضاه فصار كالازالة
نصا واذا اقر بالعتق من قبل غيره قبل الشرا لا يقتضي هذا الاقرار الازالة عن ملكه مقتضيا وكيف يقتضي
ذلك وانه منكر كونه مملوكا له يوم الشرا فصار اقرارا مبتدا بالعتق قبل البيع فاشبه الاقرار بالحرية والعتق من البايع
ثم في مسالتنا بعد ما كذبه المقر في الاقرارين ورجع المشتري على البايع بالنقصان او عاد المقر له الى تصديق المشتري
كان العبد مولى له ويرجع البايع على المشتري بما اخذ منه من النقصان لان هذا الاقرار لا يبطل بتكذيب المقر له
فاذا صدقه والاقرار قائم استند التصديق الى وقت وجود الاقرار لان التصديق تاكيد للاقرار فيكون صفة
للاقرار فيستند اليه كالاجازة في البيع الموقوف واذا استند تبين ان المشتري رجع على البايع بنه
بنقصان العيب بعد ما صدقه في الاقرارين جميعا وهو الوجه الاول وفي ذلك الوجه ليس

ليس له ان يرجع بالنقصان فتبين انه رجع وليس له حق الرجوع فيرجع البايع عليه بما اخذ
ولو اقر المشتري انه ملك فلان حين اشتريته وانه اعتقه بعد ما اشتريته او دبره او كانت
جارية فاقر انه استولدها بعد ما اشتراها وكذبه فلان او صدقه لا يرجع بنقصان العيب لانه
اقر بعقد منعقد فصار ناقلا على ما ذكرنا استشهد محمد فقال الا ترى ان رجلا لو اشترى عبدا ثم
قال العبد من فلان بعد ما اشتريته واعتقه فلان وكذبه المدعى عليه في ذلك كله وحلف فقد عتق
العبد باقرار المشتري الاول ولولا موقوف فان وجد عيبا بعد ذلك لم يرجع على البايع بشيء
لانه بالاقرار بالبيع ازال العبد عن ملكه الى ملك غيره ولم يعد الى ملكه بتكذيب المقر له لانه اقر
بما لا يحتمل النقض بعد وقوعه ولو ادعى المشتري انه باعه من فلان ولم يذكر عتقا فجحد فلان
وحلف دعوته ثم وجد به عيبا رده على البايع الاول لانه عاد العبد الى قديم ملكه بعد ما زال عن ملكه
لان المقر له لما جحد البيع والجحود كناية عن الفسخ فكان المقر له قال فسخت البيع فيكون
موقوفا على قبول المقر فاذا عزم المقر على ترك الخصومة معه فكانه قبل الفسخ ورضي به فانفسخ
المبيع وعاد العبد الى قديم ملكه بشرا الاول فكان له ان يرده على بايعه فان قيل البيع انما ينفسخ
بقبول المشتري الاول وهو عزمه على تركه الخصومة معه فصار بمنزلة الاقالة وكما لو وجد
المشتري الثاني بالعبد عيبا فرده وقبله المشتري الاول بغير قضا ثم اراد ان يرده على بايعه
بعيب كان عنده لم يكن له ذلك فكذلك هنا قيل له الفسخ وان كان بعزم المشتري الاول
على ترك الخصومة معه فهو بمنزلة ما لو رد عليه بقضا لان الرد متى كان بقضا انما كان له
للمشتري الاول الرد على بايعه لانه تعذر ان يجعل هذا الرد عقدا جديدا في حق الثالث لانه لم يوجد
من المشتري الاول الرضا بالفسخ والبيع الجديد لا يكون الا برضى المتعاقدين فاعتبر فسخا
في حق الثالث هذا المعنى موجود هنا لان المشتري في هذا الفسخ مضطر لانه لما رفع
الامر الى القاضي واستحلفه القاضي وحلف ولا بينة له على ذلك يصير مضطرا في فسخ هذا البيع
والاضطرار ينافي الرضا فكان بمنزلة ما لو قبل بقضا وهذا لانه تعذر جعله بيعا جديدا لان الانكار
احدهما العقد اصلا وهو فسخ بدليل مطلق لانه لا فائدة في بقا العقد لو كان هناك عقد لا
فائدة في بقايه ينفسخ ضرورة فصار هنا والفسخ بقضا القاضي والفسخ بخيار الرؤية سوا
وفي المأذون العبد المأذون اذا اشترى من رجل عبدا ونقده الثمن وعليه دين او لا دين عليه ثم
اقر ان البايع قد اعتق هذا العبد قبل ان يبيعه اياه او انه حر الاصل او دبره او كانت امة فاقر انه
استولدها وانكر البايع ذلك فالعبد مملوك على حاله اما اذا اقر بالبيع والتدبير لانه لو جاز
اقراره حصل العتق او التدبير من جهته او الاستيلاد من جهته وهو ليس باهل لشيء من ذلك الا ترى ان الحر لو اقر بذلك عتق
من جهة المشتري واما اذا اقر انه حر الاصل لانه ظهر هنا علامة الرق وهو سكوت العبد عند البيع وانقياده فلا يقبل
قول المشتري ولا قول العبد انه حر الاصل الا بالبينة بخلاف ما اذا كان في يده عبد فاقر انه حر الاصل او انه دبره
في يد فلان لانه لم يظهر هنا امارة الرق والدار دار الاحرار فكل من كان فيها فهو حر ما لم يتبين انه عبد
فاذا اخبر عن حريته فقد اخبر عن شيء كان ظاهرا ولم يتبين خلافه والقول قوله فيما في يده انه

غصب او وديعة ولو اقر الماذون ان البايع كان باعه من فلان قبل ان يبيعه منه وقبضه فلان
ونقده الثمن وصدقه فلان يدفع العبد اليه لانه اقر على نفسه انه اخذه بغير حق لكنه لا يرجع
على البايع بالثمن الا ببينة او اباء يمين من البايع وذكر في الزيادات لو ان رجلا اشترى من رجل
عبدا فجاء رجل فادعى العبد فاقر المشتري ان العبد عبده ودفع اليه ثم اراد ان يقيم البينة على ان
الملك لهذا المقر له لا تقبل بينته وهنا ذكر انه اذا اقام البينة على ان البايع كان باعه من فلان
قبل ان يبيعه مني تقبل ويرجع بالثمن وانما اختلفا لاختلاف الوضع ووضع ثمة ان يقيم البينة ان
الملك للمستحق فكان متناقضا في كلامه لان الاقدام على الشرا اقرار منه ان الملك للبايع فلا
تقبل ولانه اثبت ما هو ثابت باقراره اما هنا اقام البينة ان البايع كان باعه من فلان قبل
ان يبيعه مني فيثبت اقرار البايع بالبيع من غيره فيقبل على البايع لانه غير ثابت ولا مناقض
فوزانه ان لو اقام البينة على اقرار البايع انه للمستحق وانها مقبولة ولو باع الماذون جارية وقبضها
المشتري وانقادت للتسليم فادعى رجل انها بنته وصدقه المشتري والعبد فالجارية ابنته ترد
عليه ولا ينتقض البيع فيما بينهما فالاصل ان العتق اذا حصل من العبد لا يصح اقراره واذا حصل
من جهة غيره يصح فالجارية صارت بنت الرجل هنا بتصديق المشتري لا بتصديق العبد
فلو كان الماذون اشتراها من رجل واقر البايع ايضا انتقضت البيوع كلها ويراجعوا بالثمن
لان العتق حصل من جهة البايع الاول وهو يملك العتق ولو انكر البايع الاول وصدقه الماذون
والمشتري منه فهي حرة بنت المدعي باقرار المشتري ولا يبطل البيع بين الماذون والمشتري لانها
عتقت بتصديق المشتري وكذا لو ادعى المشتري الاخر ان البايع من العبد كان اعتقها قبل
البيع او دبرها او ولدت منه وصدقه العبد لا يصح تصديقه وعتقه من جهة المشتري موقوفة
الولا وفي التدبير والاستيلاد وتعلق عتقها بموت البايع الاول على ما ذكرنا ولا يرجع على العبد بالثمن
ما لم يعتق لان اقراره انما لا يصح لحق المولى وقد بينا ككالكفالة وكذا لو كان العبد منكرا لجميع ذلك لان
العتق حصل من جهة المشتري الا ان هنا لا يرجع بالثمن على العبد اذا اعتق وان كان المشتري الاخر
يدعي ان البايع كان كاتبها قبل ان يبيعها وصدقه العبد او كذبه والامة تدعي لم تكن مكاتبة للعجز عن
ادا البدل الى من وجب الادا اليه على ما ذكرنا في الابواب المتقدمة

باب بيع الشيئين اللذين كانهما كشيء واحد

اصل الباب ان مصراعي الباب وزوجي الخف والنعل وما يجري مجراه شيئان
حقيقة وشيء واحد حكما ومعنى اما شيئان حقيقة لان كل واحد منهما منفصل عن الاخر وصورة
كل واحد منهما مركب بتركيب على حده مستغني قيامه عن قيام الاخر واما شيء واحد لان منفعة كل
واحد منهما متصلة بالاخر واما هو المطلوب منهما لا يقوم باحدهما وانما يقوم بهما فصار باعتبار اتصال
المنافع والمطلوب كشيء واحد من حيث المعنى فوجب اعتبار الحقيقة والمعنى بقدر الامكان عملا
بالشبهين كما في الهبة بشرط العوض والاقالة وغيرهما ولا يمكن اعتبارهما في كل تصرف فاعتبر
احدهما في بعض التصرفات والاخر في البعض فعينا وقلنا كل تصرف حل باحدهما ولم يؤثر ذلك
في الاخر بان لم يورث عيبا فيه اعتبر الحقيقة وكل تصرف حل باحدهما واثر في الاخر عيبا اعتبر المعنى

المعنى فيه او نقول كل حكم يرجع الى الصورة اعتبرا فيه شيئين وكل حكم يرجع الى المعنى اعتبرا
فيه شيء واحد وهذا لانه اذا تصرف في احدهما صار قابضا له حقيقة واذا اثر في الاخر صار قابضا
له حكما والقبض تارة يكون حقيقة وتارة يكون حكما واذا لم يؤثر في الاخر لا يصير قابضا لا حقيقة
ولا حكما اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى مصراعي باب او خفين او نعلين فقبض
احدهما بغير اذن البايع وهلك الاخر في يد البايع فهو بالخيار ان شا امسك الذي قبض بحصته من
الثمن وان شا تركه ورده على البايع لان قبض احدهما مما لا يؤثر في الاخر فانه لا يورث عيبا فيه فاعتبر
في القبض شيئين بمنزلة ثوبين وعبدين وفي العبدين يقبض احدهما لا يصير قابضا للاخر
واذا هلك غير المقبوض يخير المشتري كذلك هنا ولان القبض حكم يرجع الى الصورة والحقيقة
وهما في الحقيقة شيئان الا ترى انه عبارة من الاستيلا على المحل ولا استيلا على الذي بعد منه
وانما يخير لما ذكرنا ولانه تعيب ما في يده بهلاك ما في يد البايع فصار عيبه مضافا الى سبب
في زمان البايع فكانه تعيب في ضمان البايع وهذا لان عيب احدهما مما يؤثر في الاخر فالهلاك
اولى ولهذا قلنا لو اشترى خفين فوجد احدهما اضيق كان له ان يردهما ولو ان المشتري حين قبض احدهما
استهلكه او احدث عيبا ثم هلك الذي في يد البايع هلك من مال المشتري وعليه الثمن كله لان استهلاك
احدهما يؤثر في الاخر فانه يورث عيبا في الاخر فانه تفوت منفعة الاخر او تنقص فاعتبر فيه المعنى فجعلا
كشيء واحد كعبد واحد او ثوب واحد ولو كان عبدا واحدا وجنى المشتري على عضو من اعضائه صار
قابضا للكل وهذا لان الاستهلاك يرجع الى المعنى وهو تفويت المنفعة المطلوبة هذا اذا
لم يحدث البايع منعا في الاخر ولو انه منع الذي في يده ثم هلك في يده من غير جناية منه وقد
تعيب المقبوض في يد المشتري يجب على المشتري حصة المقبوض من الثمن ويسقط عنه حصة
الاخر ولا يصير البايع بمنع احدهما مانعا لهما ومستردا للاخر لان منع احدهما لا يؤثر في الاخر
ولا يوجب عيبا فيه فلا يجعلان شيئا واحدا في حقه ولو كان المشتري امر البايع ان يحدث باحدهما
عيبا وهما في يد البايع ففعل البايع ذلك فهذا قبض من المشتري لهما وليس للبايع ان يمنعهما او احدهما حتى يقبض
الثمن لانه تصرف البايع بامر المشتري وقد صح امره لانه امره في ملكه كتعييب المشتري بنفسه والمشتري لو عيب
احدهما صار قابضا لهما فكذا اذا فعل البايع بامره فان قيل ينبغي ان لا يصح امر المشتري لان المشتري
يصير قابضا فيصير المشتري امرا للبايع بالقبض ولو امره بالقبض صريحا لا يصح البايع نايبا عنه كذلك
هنا قيل له الامر بقبض المبيع انما لا يصح لانه لو صح ادى الى التضاد فان في القبض يحتاج البايع الى
التسليم والتسلم فيصير البايع مسلما ومتسلما في وقت واحد وهذا المعنى معدوم في الامر بالتعييب
لانه لا يؤدي الى التضاد لانه في التعييب لا يحتاج الى التسليم والتسلم فصح الامر فصار فعل البايع منقولا
اليه كانه فعل بنفسه وتضمن ذلك قبضا من المشتري حكما لصحة الامر بالتعييب لا مقصودا وقد يجوز
ان يثبت الشيء حكما لغيره وان كان لا يثبت مقصودا كعزل الوكيل ولهذا قال لو كان المشتري حنطة
وامر المشتري البايع بالطحن او بالالقا في الماء صح لانه امر بالتعييب والاستهلاك مقصودا ثم يثبت
القبض حكما للتعذر بعد ذلك واذا صار المشتري قابضا لم يكن للبايع ان يمنع واحدا منهما لانه

لما اقدم على تعييب احدهما مع علمه ان المشتري يصير قابضا حكما للتعذر صار راضيا بقبض
المشتري والمشتري متى قبض المبيع قبل نقد الثمن برضى البايع لا يكون له ولاية الاسترداد
ليحبسه بالثمن فان منعه فهلك في يده فهو ضامن لقيمته لانه منعه وليس له حق الحبس فصار
غاصبا ولو ان البايع اذن للمشتري في قبض احدهما كان اذنا في قبضهما لانه اذن له بالقبض مطلقا
فينصرف الى القبض المستحق بحكم العقد والقبض المستحق بحكم العقد قبض ينتفع به المشتري ولا
انتفاع لا بهما الا بهما فكان الاذن بقبض احدهما اذنا بقبض الاخر بخلاف ما لو اعار احدهما
وامر المستعير بقبضه لا يكون اذنا بقبض الاخر لان قبض المستعير غير مستحق على المعير فالاذن
بقبض احدهما لا يتضمن اذنا بقبض الاخر وقال بعضهم في الاعارة ايضا يكون اذنا بقبضهما
ولانه عسى لا يكون غرضه التمكين من الانتفاع في الحال بل الايداع في الحال حتى يسلم الاخر ولو راى
المشتري احدهما ورضيه ثم راى الاخر فلم يرضه فهو بالخيار فيهما لان روية احدهما مما لا تؤثر في
الاخر فصار كشيء في الروية وروية احدهما لا تعرف حال الاخر لتفاوت بينهما وفي مثل هذا
تعتبر الحقيقة ولو كانا شيئين حقيقة ومعنى فروية احدهما لا يكون روية للاخر وهذا لان الروية
امر يرجع الى الصورة لانها من باب العيان الذي يدرك به الاوصاف الظاهرة وفي الشيء الواحد
انما يبطل الخيار بروية بعض يوقفه على حال الباقي او روية ما هو المقصود من المعقود عليه
او معظم مقاصده وهنا ليس احدهما مقصودا او احدهما اصلا دون الاخر فلا بد من رويتهما
ولو قبضهما باذن البايع ثم وجد باحدهما عيبا لم يكن له ان يرده خاصة بل يردهما او يمسكهما
لان عيب احدهما مما يوثر في الاخر فكانا شيئا واحدا في حق العيب وبوجود العيب بجزء من
المبيع يتمكن من رد الكل وكذا لو وجد باحدهما بعدما حدث عنده في احدهما عيب لان حدوث
العيب باحدهما كحدوثه فيهما وهذا لانه لو رد المعيب خاصة يعود الى البايع بعيب حادث لان
التفريق بينهما يمنع الانتفاع وذلك عيب في كل واحد منهما فان كان قد باع الذي ليس به لم يكن له ان
يرد ما بقي ولا يرجع بشيء كما في الشيء الواحد حقيقة اذا باع بعضه قال الا ترى ان رجلا لو استهلك احدهما
كان لصاحبه ان يسلم الباقي اليه وياخذ منه قيمتهما لانه استهلك احدهما مما يوثر في الاخر
فانه يورث عيبا فيه فاعتبر فيه المعنى كما لو كان عبدا واحدا او ثوبا واحدا فجنى على بعض اعضائه
او حرقه حرقا فاحشا بخلاف ما اذا اشترى عبدين او ثوبين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فانه
يرد المعيب خاصة عند علمائنا الثلاثة وقال زفر له ان يردهما وليس له ان يرد احدهما لان
الصفقة واحدة وضم الجيد الى الردي لترويج الردي بثمن الجيد عادة معروفة ولو رد المعيب
تضرر البايع بذلك وليس له ان يردهما كما في الفصل الاول الا ترى ان في الرد بخيار
الروية والشرط ليس له ان يفرق بينهما وكذا في الرد بالعيب قبل القبض فكذلك بعده لكنا
نقول الصفقة قد تمت بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة لان البيع وقع على التسليم
ظاهرا فتم الرضا لوجود السلامة ظاهرا انما علة الرد العيب وذلك وجد باحدهما والحكم انما يثبت بحسب
العلة الا ترى انه لو استحق احدهما بعد القبض لم يتخير في الاخر هكذا اذا وجد العيب في

في احدهما بخلاف التعليق فهناك لو استحق احدهما كان له ان يرد الاخر لاتصال احدهما بالاخر انتفاعا
فصار كاستحقاق نصف العبد او نصف الدار او الثوب وبخلاف خيار الشرط والروية لان ذلك يمنع
تمام الصفقة بالقبض لان الخيار انما ثبت للجهل باوصاف المنع والعلم انما يثبت بالاوصاف بالقبض
والنظر فيه ولهذا لو ابطل خيار الروية قصدا قبل الروية لا يصح والخيار انما يشترط للاختبار
للبيع وذلك انما يكون بالقبض والتجربة والامتحان ولا تتم الصفقة بالقبض وكذا خيار العيب
قبل القبض لان الصفقة لا تتم قبل القبض وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز ثم ان تضرر البايع
هنا من الوجه الذي ذكرنا فذلك من قبل تدليسه ولا يعتبر في حق المشتري وليس من ضرورة
ثبوت الخيار له في احدهما ثبوته في الاخر كما لو سمى لكل واحد منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه في احدهما
بعينه باب الشراء يدفع بعض الثمن ويرد احدهما بعدما اشترى اصل الباب ان
الصفقة متى اتحدت ايجابا اتحدت اتماما حتى لا يتمكن المشتري من قبول البيع في البعض دون
البعض ومن قبض البيع دون البعض ومتى تفرقت ايجابا تفرقت اتماما حتى يملك المشتري
القبول في البعض وقبض البعض بغير رضى البايع التجار يضم الجيد الى الردي وبيعهما بثمن
واحد فينقصون من ثمن الجيد قليل ويزيدون في ثمن الردي قليلا حتى يصير الثمن عدلا فيهما
ترويج الردي بسبب الجيد فلو قلنا بان المشتري يملك القبول في احدهما فالظاهر انه يقبل العقد
في الجيد فيترك الردي فيتضرر به البايع واذا لم يملك التفريق في القبول فكذا لا يملك
في القبض لان فيه تفريق الصفقة على البايع قبل التمام في القبض والقبض يشبه القبول لان
ملك الرقبة ان ثبت قبل القبض فملك التصرف لم يثبت وفي التفريق قبل التمام ضرر بالبايع
لان المشتري ينقد ثمن الجيد ويقبضه ويترك الردي على البايع حتى يهلك عنده فيسقط عنه
ثمنه وفي الوجه الثاني يملك المشتري قبول العقد في البعض دون البعض لانه لا ضرر فيه على البايع
لانه لما فرق الصفقة علم انه ليس مقصود البايع ترويج الردي بسبب الجيد فاستقام الجري على موجب
التفريق واذا ملك التفريق في القبول يملك في القبض بطريق الاولى لانعدام الضرر فبعد هذا يحتاج
الى معرفة الصفقة الواحدة والصفقة المتعددة فنقول اذا تعارضت جهات الاتحاد
وجهات التفرق يعمل بالغالب منها وترجح الغالب على المغلوب وفي البيع ثلاثة اشيا
عاقد وعقد وثمن فاذا اتحد الكل تكون الصفقة واحدة وذلك بان لم يتكرر لفظه
البيع ولا الشرا واتحد الثمن بان ذكر جملة واحدة واتحد البايع والمشتري بان كان البايع
واحدا والمشتري واحدا كانت الصفقة واحدة بالاتفاق قياسا واستحسانا وان
تعدد العاقد بان كان البايع اثنين وكذا المشتري او من احد الجانبين اثنان ومن
الجانب الاخر واحد والمعقود عليه واحد واكثر واتحد العقد والثمن بان قال البايع للمشتريين
بعت منكما او قال البايعان للمشتري بعناك او بعنا منك او قال البايعان بعنا منكما كانت الصفقة
متحدة لان ما يوجب الاتحاد راجح وهو العقد والثمن وهذا لانه لو تعددت الصفقة بتعدد
العاقد والمعقود عليه صار ابتدا البيع بالحصة في كل عبد وذلك باطل ولو تعدد الثمن والعقد

والعاقد واحد بان قال البايع بعتك هذه الاثواب العشرة كل ثوب منها بعشرة او قال بعتك هذا الثوب بكذا وهذا بكذا او بعتك هذا الثوب كل نصف منه بعشرة او قال المشتري ذلك فكذلك لان ما يوجب الاتحاد راجح لان العقد واحد وهو البيع والشرا والبايع والمشتري انما تفرق الثمن لا غير وهذا لان الركن في العقد الايجاب والقبول والقبول وتسمية الثمن وتقويم المعقود عليه شرط لصحة البيع فمتى اتحد العاقدان واتحد الايجاب والقبول كان النظر الى اتحاد الركن اولى من النظر الى اتحاد الشرط وهذا لان الكلام اذا صدر من واحد توقف اول كلامه على اخره فصار كانه ذكر الثمن جملة ولو تعدد العقد فهذا لا يتصور مع اتحاد الثمن والعاقد لان تفسير تعدد العقدان يقول بعتك هذين بعشرين بعت هذا بكذا وهذا بكذا وانما يتصور مع تعدد الثمن لكن قد يكون مع اتحاد العاقد بان كان واحدا هذا هو الكلام في الاتحاد اما تعدد الصفقة ان تعدد الاشيا الثلثة كانت الصفقة المتعددة بالاتفاق قياسا واستحسانا بان كان العاقد اثنين في كل جانب لان عند اختلاف العاقدين تفرق الايجاب والقبول فقد اختلف ركن العقد فتفرقت الصفقة ضرورة وكذلك ان كان العاقد اثنين في جانب لان احد الركنين قد افترق في الجانب الذي تعدد العاقد واتحد في الجانب الاخر فتعارضا فوجب الترجيح لان التسمية ان لم تكن ركنا في العقد لكنها جارية مجرى الوصف فاستقام الترجيح بها ولان الكلام اذا صدر من اثنين لا يتوقف كلام احدهما على الاخر فيعتبر كل كلام على حدة واذا تفرق الكلام تفرقت الصفقة وان تفرق الثمن بان سمى لكل واحد من المبيع ثمنا وتكرر البيع والشرا والبايع والمشتري واحد كانت الصفقة مختلفة بالاتفاق بان خاطب الواحد واحدا فقال بعتك هذه الاثواب بعتك هذا الثوب بعشرة وبعتك هذا بخمسة او خاطب المشتري فقال اشتريت منك هذه الثياب اشتريت منك هذا الثوب بعشرة واشتريت منك هذا بعشرة لان ما يوجب التعدد راجح على ما يوجب الاتحاد وان تفرق الثمن واختلف العاقدين بان كان البايع اثنين وكذلك المشتري او من احد الجانبين اثنان ومن الجانب الاخر واحد وتفرق الثمن ولم يتكرر لفظ المبيع والشرا ذكر في بعض المواضع من هذا الباب وجعلها صفقتين لرجحان جهة التعدد وذكر في بعض المواضع انه لا يتعدد ما لم تتكرر لفظة العقد واختلف المشايخ منهم من قال ما ذكر انه يتعدد فهو جواب القياس وما ذكر انه لا يتعدد وهو جواب الاستحسان وجه القياس ان ما يوجب التعدد راجح وجه الاستحسان ان ما يوجب الاتحاد راجح لان العقد متحد والثمن ذلك من حيث المعنى لان تفرق الثمن ان يقول احد البايعين نصيبي بكذا والاخر يقول نصيبي بكذا والمشتريين قالا ذلك وهذا بيان بيان ما يقتضيه تسمية جملة الثمن فانهما اذا قالا بعناك هذا العبد بالف درهم كان نصيب كل واحد منهما خمسمائة متى باعا مساومة وتسمية ما يقتضيه مطلق الكلام وجوده وعدمه بمنزلة فلم يتفرق الثمن من حيث المعنى وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره ان عند تعدد العاقد في الجانبين او في جانب واحد عند افتراق التسمية انما يجعل صفقتين اذا تكررت صيغة العقد بان يقول البايع من اثنين بعت نصف عبدي هذا منك بكذا او بعت النصف الاخر منك بكذا ويقول المشتريان

المشتريان كل واحد منهما اشتريت نصف العبد بكذا وكذا فيما اذا كان البايع اثنان والمشتري واحدا او من كل جانب اثنان لا بد من تكرار صيغة العقد في احد الجانبين قال شيخ الاسلام علي الاسبيجابي رحمه الله والصواب ان تكرار الصيغة ليس بشرط اذا كان العاقد اثنين في جانب والتسمية متفرقة لان الافتراق يكون فانما معنى لان بيعهما جملة بثمن متفرق وبيع كل واحد سوا لان بيع كل واحد ينصرف الى نصيب نفسه عند الاجتماع وكذا شرا اثنين بصفة الجمع بان قالا اشترينا او بصيغة الفرد بان قال كل واحد اشتريت النصف بكذا سوا ثبت انه لا حاجة الى تكرار الصيغة بعد صدوره جمعا منهما بثمن متفرق وحكى الجصاص رحمه الله في شرح جامعه عن القاضي ابي حازم رحمه الله انه كان يقول ما ذكر محمد رحمه الله في بعض المواضع انه متى اختلف الثمن والعاقد كانت صفقتين فذلك قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وما ذكر في بعض المواضع انه متى اختلف البيع والشرا والثمن والعاقد يصير صفقتين على قول ابي حنيفة رحمه الله فكانه ذكر بعض المسائل في هذا الباب على قولهما والبعض على قول ابي حنيفة رحمه الله وجعل هذه المسالة بينهم فرعها المسالة اخرى عنهم في النوادر في رجل باع عبدا له من رجلين نصفه من هذا بخمسمائة درهم ونصفه من هذا بخمسمائة درهم ورطل من خمر ان البيع فاسد في النصفين جميعا في قول ابي حنيفة رحمه الله لان الصفقة واحدة لان البيع لم يتكرر في حق كل واحد منهما وانما تفرق تسمية الثمن وبهذا لا تصير الصفقة صفقتين والصفقة الواحدة اذا فسد بعضها بشرط فاسد فسد كلها وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله البيع في النصف الذي ما شرط فيه الخمر جائز لانهما صفقتان لان المشتري اثنان وقد تفرق الثمن فكان القياس قولهما والاستحسان قول ابي حنيفة وقد ذكرنا وجههما وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في الفتاوى الصغرى القياس قولهما والاستحسان قول ابي حنيفة رحمه الله فينبغي بقوله فاذا العقدان تفرق تفرق الثمن لا محالة وتفرق الصفقة لرجحان جهة التفرق والعقد اذا اتحد يجوز ان يتفرق الثمن ويجوز ان يتحد والعاقد كذلك فينبغي انه يتحد العقد في الوجهين كما هو الاستحسان او قول ابي حنيفة رحمه الله فاذا ينظر الى العقد وهو التكرار واعادة قوله بعت لا غير قيل ان اختلف بان كرر تفرقت الصفقة لا محالة وان اتحد تتحد على ما اخبرنا للفتوى يسهل عليك الجواب والاحكام المبنية على اتحاد الصفقة وتعددها ثلاثة القبول والقبض والاخذ بالشفعة في كل موضع تفرقت يجوز التفريق وفي كل موضع اتحدت لا اذا عرفنا هذا قال محمد رجل اشترى عشرة اثواب بعشرة صفقة واحدة صح العقد لانه باع مالا معلوما مقدور التسليم بثمن معلوم مقدور التسليم فيجوز فلو نقد المشتري عشرة وقال نقدته عن هذا الثوب بعينه وقال البايع بل نقدته عن الجملة كان القول قول المشتري لان الملك في الثمن انما يستفاد من جهته فيكون القول قوله في بيان جهته الا ترى انه لو انكر التمليك اصلا كان القول قوله فاذا اقر انه ملكه بجهة كان القول قوله كما لو كان على رجل عشرة من قرض وعشرة من ثمن مبيع فنقد عشرة وقال هذا من الثمن او من القرض كان القول قوله كذلك هنا وفي شرح الزيادات ذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله رجل له على اخر الف

درهم فتكفل عنه رجل بالف درهم ثم ان الطالب احال رجلا على المطلوب بالف كانت للمحتال على الطالب فادى المطلوب الفا الى المحتال له وقال اديتها عن الالف التى كفل بها فلان وقال الطالب بل هى من الالف التى لا كفالة بها كان القول قول الطالب ولو كان المطلوب هو الذى احال الطالب بالف على غريم له عليه الف درهم فقبضها ثم قال الطالب هى من الالف التى لا كفالة له وقال المطلوب هى من المكفول بها فالقول قول المطلوب جعل القول قول المحيل فى المسالتين اما فى المسالة الثانية لا يشكل لان اداء المحال عليه كادائه بنفسه ولو ادى بنفسه كان القول قوله واما فى المسالة الاولى فلان قبض المحتال له انما يقع اقتضا اذا حصل بامر المحال فكان القول قوله فيما امر به بمنزلة الموكل يكون القول قوله فيما امر به بخلاف ما لو قضى المحيل بنفسه وذكر ابن سماعة فى النوادر رجل عليه الف درهم من كفالة والف درهم من ثمن بيع فجا بالف وقال اديتها من الكفالة وقال الطالب لا اخذها الا من جميع مالى عليك قال للطالب ان يجعلها من المالين ويرجع بما بقى على المكفول عنه لان له حق المطالبة بالمالين والاخذ بغير رضى المديون فكان له ان يقبض عنهما او ان قبض الالف ولم يقل شيئا فللمطلوب ان يجعل المودى من اى المالين شا لان التخصيص مفيد فيعتبر قوله وموضوع المسالة فى الجامع فيما اذا اختلفا بعد القبض وفائدة التعيين فى مسالتنا ان المشترى لو باع هذا الثوب من البايع باقل مما اشترى يجوز لانه باعه بعد نقد الثمن ولو اراد المشترى ان يقبض الثوب الذى نقد الثمن عنه بغير رضا البايع ليس له ذلك لان فيه تفريق الصفقة قبل تمامها لان الصفقة متحدة لغلبة جهة الاتحاد لان الموجب للاتحاد شيان اتحاد العاقد واتحاد العقد لانعدام تكرر لفظة العقد والموجب للتفريق شى واحد وهو تسمية الثمن لكل ثوب وهذا على جواب الاستحسان وقيل هو قول ابى حنيفة وهو المختار والظاهر لان المعتبر للتعدد تكرر لفظ البيع ولم يوجد الا ترى انه لو قبل البيع فى البعض لا يجوز فكذا القبض لا يلزم على هذا رد البعض بالعيب بعد القبض لانه تفريق الصفقة بعد التمام وانه غير ممنوع عنه والمعنى فيه ان فى الرد بالعيب بعد القبض المشترى مضطر فى الرد دفعا للضرر عن نفسه والبايع جان بتدليس العيب عليه فكان رعاية جانب المشترى اولى ولان تضرر البايع ضمنا اما فى القبول والقبض لا ضرر على المشترى فكان قاصدا للاضرار بالبايع لا دافعا للضرر عن نفسه ولان الموجب للرد هو العيب وانه قام باحدهما فلا يتمكن من ردهما فمست الضرورة الى رد احدهما دفعا للضرر فرق بين البيع وبين الرهن فانه اذا رهن عند رجل عشرة اثواب كل ثوب بعشرة ثم قضى عشرة دراهم وقال هذه من العشرة التى فى هذا الثوب فاراد ان يفتك ذلك كان له ذلك نص على هذا فى الزيادات وان كان هذا تفريقا على المرتهن قبل تمام الرهن لان تمام الرهن بحصول المقصود وهو قضا الدين وذلك انما يحصل بالهلاك ولو رهن عبدين بالف درهم قيمة كل واحد منهما الف وسلم الى المرتهن ثم ادى خمسمائة واراد ان ياخذ احدهما لم يكن له ذلك لانه الصفقة وقعت جملة والمقصود اضجار الراهن ليسارع الى قضا الدين فلو تمكن بالتفريق اخذ ما يحتاج اليه ويتكاسل فى ادا الباقى فعلى هذه الرواية فرق بينهما اذا سمى بمقابلة كل واحد مالا وبينما اذا لم يسم بمقابلة كل واحد مالا واطلق لكن هذا

هذا الفرق على رواية الزيادات اما على رواية كتاب الرهن فلا لان على رواية كتاب الرهن ليس للراهن ان يفتك شيئا ما لم يود جميع الدين فى الصورتين كالبيع والفرق على رواية الزيادات ان البيع لا يتفرق بتفرق التسمية عند اتحاد العاقدين والرهن يتفرق الارتهان فى البيع لو قبل المشترى البيع فى احدهما دون الاخر لا يصح وفى الرهن عند تفريق التسمية لو قبل العقد فى احدهما جاز وانما افترقا لان فى البيع ضم الردى الى الجيد للترويج متعارف فلو تفرق العقد بتفريق التسمية كان للمشترى ان يقبل فى احدهما يقبل فى الجيد فيتضرر به البايع اما فى الرهن ضم الردى الى الجيد غير متعارف فلو تفرق العقد لا يتضرر به الراهن واذا سمى لكل واحد منهما حصته من الدين تتفرق الصفقة والمعنى فيه انه لا ضرر على الراهن فى التفريق لان ما قبل المرتهن الرهن فيه لا يزول عن ملك الراهن ايضا تفريق الصفقة على المرتهن ايضا لانه لا ضرر على المرتهن لان ما قضى عنه ان كان جيدا يترك الردى فالردى يكون مضمونا بما قدمه بقيمته ومن الدين فلا يصير مضمونا بالعشرة التى سمى اما فى البيع لو اراد المشترى تفريق الصفقة على البايع والبايع على المشترى فى حق القبول لا يملك بقا الضرر عن صاحبه فاذا اراد المشترى تفريق الصفقة على البايع فى حق القبض لا يملك ذلك ايضا دفعا للضرر عن البايع ولان فى البيع لما جمع بينهما لو تفرقت الصفقة كانت الثانية شرطا فى الاولى وانها شرط فاسد يفسد العقد لان الشرط الفاسد فى معنى الربا اما الرهن لا يبطل بالشروط الفاسدة لانه تبرع بمنزلة الهبة ولهذا لو رهن عبدا بالف درهم على ان يكون كل نصف منه رهنا بخمسمائة يفسد الرهن لانه لما سمى لكل نصف دينا تفرقت الصفقة فيفسد لمكان الشيوع اشار محمد فى الكتاب الى هذا فقال لهما رهنا هذا العبد بخمسمائة ثم رهن الاخر بخمسمائة وكذا لو ابرا البايع عن ثمن ثوب بعينه فاراد ان ياخذ ذلك الثوب لم يكن له ذلك لان البراة بالابراء لا تكون اعلى حالا من البراة بالايفا وثمة ليس له ان يقبض البعض فهو اولى وكذا لو اخر البايع ثمن احدهما بعينه شهرا او اخر جميع الثمن الا درهما ليس له ان يقبض شيئا من الثياب حتى ينقد الباقى لان التاخير براة موقتة فلا يكون اكثر حالا من البراة المؤبدة وكذلك لو كان اصل العقد على هذا الوجه بان باعه على ان ثمن ثوب منها حال وثمن الباقى الى اجل وعلى ان كل الثمن موجل الا درهم لا يملك قبض شى حتى ينقد جميع الثمن لما قلنا وكذا لو باعه عشرة اثواب بمائة درهم كل ثوب بعشرة وللمشترى على البايع تسعون درهما دينا فعين التسعة وقال هذا التسعة بتسعين الدين وهذه بعشرة نقد فاراد المشترى ان ياخذ التسعة التى بمقابلة الدين ليس له ذلك حتى يودى العشرة لان ابقا بعض الثمن بالمقاصة لا يكون اعلى حالا من ابقا بعض الثمن حقيقة باليد ولو اوفى باليد لا يكون له ان يقبض شيئا منها بغير رضى البايع فكذا اذا اوفى بالمقاصة وكذا لو اشترى ثوبين احدهما بعشرة دراهم والاخر بدينار فنقد ثمن احدهما او ابراه عن ثمن احدهما او اخره ليس له ان ياخذ ذلك الثوب لما قلنا الا اذا باع كل ثوب بثمن على حدة بان قال بعت منك هذا الثوب بكذا وبعت منك هذا الثوب بكذا لان تفرقت الصفقة لتعدد صيغة العقد الذى هو ركن فى العقد رجلان اشتريا عبدا بالف درهم فغاب احدهما ونقد الباقى

حصته من الثمن فليس له ان ياخذ نصيبه حتى يعطي الثمن كله عندهم جميعا لان الصفقة واحدة لان
ما يوجب الاتحاد راجح لان العقد واحد والثمن ذكر جملة وانما اختلف العاقد وهو المشتري فكان
الصفقة واحدة الا ترى ان احدهما لو اراد التفريق في القبول بان قبل احدهما في النصف لم يكن له
ذلك الا برضى البايع لانه تفريق الصفقة قبل التمام فكذا اذا اراد ان يفرق في القبض فان
قيل الصفقة متعددة لان الشرا متكرر فانه لابد ان يقول المشتريان اشترينا فكرر منهما لفظه
الشرا ومتى كرر لفظ الشرا او الشرا كرر الصفقة قيل له الشرا ان تكرر من حيث الحقيقة لم يتكرر
من حيث المعنى والاعتبار لانه لا يمكنهما التكلم بعبارة اوجز من هذه متى اشتريا فاعتبر ذلك كله
كلاما واحدا معنى بخلاف ما لو قال احدهما اشتريت انا النصف بخمسمائة وقال الاخر اشتريت انا ايضا
النصف بخمسمائة حيث كانت الصفقة صفقتين لان الشرا قد تكرر من حيث الحقيقة
والاعتبار لانه يمكنهما التكلم بعبارة اوجز من هذه بان يقولا اشترينا هذا كما قلنا في الطلاق
اذا قال لغير المدخول بها انت طالق واحدة يقع واحدة لانه امكنه ايقاع ثنتين بكلام اوجز
من هذا فيعتبر كل كلام على حدة ولو قال انت طالق واحدة ونصف يقع ثنتان لانه
لا يمكنه العبارة عن هذا العدد باوجز من هذا فكان كلاما واحدا فان ادى وفاء
الثمن كله اختلفوا في ثلث مواضع احدها ان البايع هل يجبر على قبول نصيب الغائب
من الثمن قال ابو حنيفة ومحمد يجبر وقال ابي يوسف لا والثاني اذا قبض نصيب
الغائب من الثمن هل يجبر على دفع نصيب الغائب اليه وهل له قبضه عندهما يجبر وله
قبضه وعنده لا والثالث اذا ادى الثمن كله وحضر الغايب هل له ان يرجع على الغائب
ويحبس نصيبه حتى يستوفي منه نصيبه من الثمن عندهما له ذلك وعنده لا وحاصل الخلاف
راجع الى ان الحاضر في ايفا نصيب الغايب من الثمن متبرع او غير متبرع عنده متبرع
وعندهما لا وروى بشر عن ابي يوسف رحمهما الله في نوادره انه يدفع نصف الثمن وياخذ
نصف العبد وهو قول الشافعي رضي الله عنه فان ادى جميع الثمن واخذ العبد فهو متطوع
لانه ادى جميع ما لزمه بالعقد فكان اتباع وحده فان قبض الجميع فقد قبض ما ليس له
قبضه فكان ضامنا لابي يوسف على رواية الاصول انه لا يقبض شيئا حتى يودي
جميع الثمن ويكون متبرعا انه قضى دين غيره بغير امره وهو غير مضطر فيه فيكون متطوعا
وقولنا بغير امره لانه لم يوجد الامر من الغائب لا نصا ولا دلالة لانه لم يوجد الا
المشاركة في العقد وانه ليس بامر دلالة ولهذا لو كان حاضرا وادى لا يرجع عليه ولو كان
امرا دلالة لرجع عليه كالوكيل بالشرا وقولنا غير مضطر لانه غير مطالب من قبل البايع
ولا يحيي به لنفسه حقا ايضا لانه ينقد عشرة ليقبض شيئا يساوي خمسة فلم
تكن فيه ضرورة بخلاف معير الرهن لانه يقضي دين غيره بامره لان الراهن راض بقضا
الدين من ماله حيث رهن ماله بدينه مع علمه ان عاقبة الايفا ولانه مضطر يحيي به حق
نفسه ويستخلص دينه لنفسه وينقطع رجوع المختال عليه عن نفسه عند الادا ان

انلم يكن له عليه دين واذا قضى لا يقبض الا نصيب نفسه لانه اجنبي عن نصيب الغائب الا ترى
انه لو كان حاضرا لا يكون له ذلك فكذا اذا كان غائبا وهذا لان الغائب يتضرر بادائه لان
ملكه مضمون على البايع لو هلك يسقط الثمن عنه ولو نقد فقبضه على الغائب يكون الهلاك
عليه يلزمه الثمن من غير ان ينتفع بالمبيع فيكون في الادا متبرعا على البايع موكدا ملكه
في الثمن فلا يرجع على الشريك ولهما وجهان احدهما انه قضى دين الغائب بامره لانه ان لم يوجد
الامر صريحا وجد دلالة لانه متى اقدم على الشرا معه وغاب وهو يعلم ان شريكه يحتاج الى
قبض نصيبه والانتفاع بملكه الا بايفا نصيبه وقبض نصيبه من العبد كان امرا وراضيا
به دلالة لان دخولهما في العقد اذن من كل واحد منهما لصاحبه فيما يتوصل به الى تحصيل
احكام العقد فصار كالاذن له الا ترى ان الوكيل بالشرا اذا نقد الثمن من مال نفسه لا
لا يكون متبرعا وان لم يامر به صريحا لكن لما علم انه لا يصل الى قبض المبيع الا بعد نقد الثمن صار
امرا له ولانه مضطر في قضا دينه لانه لا يتوصل الى قبض نصيبه الا بقضا كل الثمن ومن قضى
دين غيره بغير امره وهو مضطر فيه يرجع عليه كمعير الرهن وكما لو لرجل وسفل لاخر
اذا انهدما وامتنع صاحب السفل عن ابنا وبناه صاحب العلو كان له ان يرجع عليه لانه
لا يمكنه الوصول الى حقه والانتفاع بملكه الا ببنا السفل فلا يكون متبرعا وقوله لا يحيي
حقه ليس كذلك لان للناس رغايب في الاعيان ما ليس في الاثمان فاقدامه دليل على حاجته
اليه فاشبه معير الرهن واذا قضى الثمن وهو سبيل منه شرعا والثمن تعلق بالمبيع كان بسبيل من اخذه ما
يقابله تحقيقا لمعنى المقابلة في المعاوضة ولان قبض نصيبه ولا يتاتى ذلك الا بقبض الكل ولا يتاتى
قبض الكل الثمن فاخذ شبها بالوكيل من هذا الوجه وامكن تحقيق الوكالة فيه لان ثبوت الملك
لصاحبه متعلق بقبوله فانه لا يقع الملك لكل واحد منهما الا بقبولهما جميعا غير انا اعتبرنا هذه
الشبهة في موضع الضرورة لا في غير موضع الضرورة وهو حالة الحضور لانعدام الحاجة لانه
يتوصل الى الانتفاع بملكه من غير دفع الثمن بان يرفع شريكه الى الحاكم ليلزمه الاجماع معه على دفع الثمن
فاذا لم يفعل وادى كان متطوعا واذا ثبت انه كالوكيل في احكام العقد فاذا ادى حصته من الثمن
كان له ان يرجع عليه وله ان يحبس نصيبه منه لاستيفا الثمن كالوكيل ولو هلك في يده قبل الحبس مع
الغائب يهلك امانة ولا يبطل حقه في الرجوع ولو هلك في يده بعد الحبس سقط الثمن عن الغائب
كما لو هلك في يد الوكيل بعد الحبس ولو ابرا البايع احدهما من حصته من الثمن او اجر عنه لم يكن له ان يقبض
حصته من العبد حتى ينقد صاحبه ما عليه لانه بري عن نصيبه بالايفا لم يكن له ان يقبض نصيبه ما لم
يقبض البايع الثمن كله عندهم لان الصفقة واحدة ففي الابرا والتاجيل اولى ولو ان المشتريين
اشتريا العبد من البايع بالف درهم كل واحد منهما نصفه بخمسمائة لكن صفقة واحدة بان قالا اشترينا
بالف درهم نصفه انا بخمسمائة ونصفه هو بخمسمائة او قال البايع بعت هذا العبد نصفه من هذا بخمسمائة ونصفه
من هذا بخمسمائة وقالا اشترينا ولم تكرر لفظة البيع فلكل واحد منهما ان ياخذ نصيبه اذا نقد حصته من الثمن
هكذا ذكر وهو جواب القياس وقول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اما على جواب الاستحسان

اوقول ابي حنيفة رحمة الله على حسب ما اختلفوا فيه ليس لكل واحد منهما ان ياخذ نصيبه
وجه القياس ان جهة التفرق غلبت جهة الاتحاد لان الموجب للاتحاد شي واحد وهو اتحاد
البايع والموجب للتفرق شيان تعدد الثمن وتعدد الشرا وهذا لان كل واحد منهما قال اشتريت
نصفه بخمسمائة فتفرقت الصفقة في حقهما وقول البايع بعت جواب لهما فصار كانه قال لكل
واحد منهما بعت نصفه منك بخمسمائة فصارت كلمة العقد متفرقة وكذا اذا بدا البايع وجه الاستحسان
ما ذكرنا ان البيع والشرا لم يتكرر من حيث الاعتبار لانه يوجب الاجمال ثم قال محمد رحمة في الكتاب
وذلك صفقة واحدة ثم جعلها صفقتين حتى قال اذا نقد احدهما حصته من الثمن فله ان
ان يقبض نصيبه فقد جمع بين امرين متنافيين روى القاضي ابو الهيثم عن القضاة رحمهم
الله انهم قالوا ان قول محمد رحمة الله وذلك صفقة واحدة خطا لا يمكن تصحيحه ومنهم من اشتغل
بتصحيحه وقال اراد محمد بقوله صفقة واحدة معنى واعتبارا لكنهما صفقتان حقيقة لتكرار الشرا
منهما حقيقة لكن هذا التصحيح انما ياتي على قول من ذهب ان هذا جواب القياس اما على قول الخصاف
ومن تابعه ان هذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يتاتى هذا التصحيح فانه جعلها صفقتين
حقيقة ومعنى حتى كان لكل واحد منهما ان ياخذ نصيبه فقد جعلها صفقتين معنى فكان بين قوله
صفقتين معنى وبين قوله صفقة واحدة معنى تنافي واذا ابرا احدهما او اجر فله ان يقبض نصيبه لان
لو برى احدهما بالايفا له ان يقبض نصيبه فكذا اذا برى بالابرا او التاجيل وهذا على جواب القياس او قولهما
وكذلك لو اشتريا العبد منه صفقة واحدة على ان نصف العبد لهذا الرجل بخمسمائة الى شهر ونصفه لهذا
الاخر بخمسمائة حالا او نصفه لهذا بخمسين دينارا ونصفه لهذا بخمسمائة درهم فقبلا على ذلك ان ذلك
صفقة واحدة اراد بقوله صفقة واحدة يعني قبل العقد بكلام لا فصل فيه بان يقولا قبلنا على تفصيل البايع لانه
اراد به حقيقة الصفقة الواحدة الا ترى انه اعتبر فيه احكام الصفقتين قيل هذا ايضا جواب القياس اما على جواب
الاستحسان فهي صفقة واحدة وقيل الاصح ان هذا صفقتان قياسا واستحسانا لان ذكر حصة كل
واحد منهما لم يقع ضايعا هنا لانه ليس موجب ذكر الثمن على سبيل الاجمال فتفرقت الصفقة وعند الكرخي
رحمة الله لا بد من التفصيل في قولهما ايضا يتعدد على ما ذكرنا وكذلك رجلان اشتريا من رجلين
عبدين احدهما لاحدهما بعينه بمائة دينار والاخر بالف درهم صفقة واحدة على الوجه الذي قلنا
وهو ان يقول المشتريان قبلنا فلكل واحد منهما ان يقبض عبده اذا ادى عنه لان ذلك لم
تفصيل معنى اذا خرج جوابا للتفصيل وهذا جواب القياس او قولهما لان الثمن مختلف والعاقد
مختلف والعقد لا لانه لم يتكرر لفظ الشرا او البيع وفي مثل هذه الصورة كانت الصفقة متعددة
قياسا او على قولهما اما في الاستحسان او على قول ابي حنيفة رحمة الله صفقة متحدة لعدم تكرر
لفظ البيع او الشرا وكذلك لو كان ثمن كل واحد منهما دراهم يريد به اذا قالا اشتريناهما بالف
درهم انا هذا بخمسمائة وهو هذا بخمسمائة او قال المتبايعان ذلك وقالا اشترينا
بالف درهم لما قلنا ولو اشتريا العبدين بالف درهم ومائة دينار صفقة واحدة ولم يبينا
ثمن كل واحد منهما فليس لواحد منهما ان يقبض شيئا حتى يوديا الثمن كله وهذا جواب القياس والا

والاستحسان عندهم جميعا لان الصفقة واحدة لان ما يوجب الاتحاد راجح فانه شيان وهو اتحاد العقد
والثمن لان الثمن في حق كل واحد منهما بعض الالف وبعض المائة مقابلا ببعض العبدين شايعا كما اقتضاه
اللفظ الا ترى انه لو قبل احد المشتريين دون الاخر لم يصح لما فيه من تفريق الصفقة على البايع فكذا
اذا ارا د احدهما قبضه رجلان باعا من رجل عبدين او عبدا بالف فنقد المشتري حصة احد البايعين
لم يقبض ما اشتري منه حتى ينقد الاخر لان الصفقة واحدة لانه ما يوجب الاتحاد راجح وهو اتحاد
العقد والثمن لان البيع لم يتكرر معنى واعتبارا والثمن ذكر جملة وانما اختلف البايع لا غير فلو باع
كل واحد منهما عبده على حدة او حصته على حدة والثمن كله دراهم او دنانير او دراهم ودنانير كان الذي
نقد حصته من العبد لان الثمنين وقعا مختلفين وقد ذكرنا ان كل واحد منهما اعاد كلمة المبيع قال محمد رحمة الله
في الاصل ولو باع كل واحد منهما حصته على حدة بثمن على حدة كان ان يقبض حصة الذي نقده وقد قال
محمد في الاصل ولو باع كل واحد منهما حصته على حدة بثمن على حدة يريد به اذا خاطب احد المتبايعين المشتري
ببيع حصته بثمن على حدة والاخر كذلك فقال المشتري اشتريت قال الشيخ الامام الزاهد المعروف بخواهر
زاده في شرح هذا الكتاب وهذا ايضا جواب القياس وقولهما لان الثمن اختلف والعاقد كذلك والعقد
لانه لم يتكرر لا البيع ولا الشرا وفي مثل هذه الصورة كان اختلف الصفقة على الاختلاف فكذا هنا قال الصدر
الشهيد الا ان هذا غير سديد بل يجب ان تكون الصفقة مختلفة قياسا واستحسانا عندهم جميعا لان البايعين يمكنهما
ان يقولا بعنا فاذا قال لكل واحد منهما بعت هذا العبد او قال لكل واحد منهما بعت نصف هذا العبد كان لفظ
البيع متكررا حقيقة ومعنى الا ترى انه ذكر في شرح هذا الكتاب قبل هذا لو قال المشتريان كل واحد
منهما اشتريت نصف العبد كانت الصفقة متعددة لانه يمكنهما ان يقولا اشترينا فاذا
قال كل واحد منهما اشتريت نصفه هنا كان لفظ الشرا متكررا حقيقة ومعنى فكان ما يوجب
البينونة راجحا رجلان باعا من رجلين عبدين بالف وكل واحد من العبدين لاحدهما على حدة
فباعا ذلك بالف درهم صفقة واحدة لم يكن لهما ان يقبضا شيئا من العبدين حتى ينقدا الباقي
لصاحبه ولو نقد احد المشتريين البايعين حصته لم يكن له ان يقبض شيئا مما اشترى حتى يقبض جميع
الثمن وهذا قياس واستحسان عندهم لان الصفقة واحدة عندهم لانه ما يوجب الاتحاد راجح
فان البيع لم يتكرر معنى واعتبارا والثمن لم يختلف فان قيل في الصفقة الواحدة انما لا للمشتري تفريق
الصفقة دفعا للضرر عن البايع من حيث انه يقبض الجيد ويترك الردي عليه وهنا لا ضرر على احد البايعين
متى نقدا حصته وقبضا عبده قيل له نعم وهنا يلحق البايع ضرر من وجه اخر وهو انه متى بقي الكل محبوسا
يضجر المشتري زيادة ضجر حمله ذلك على نقد نصيب صاحبه ولانا اعتبرنا القبض بالقبول فلو قبل احدهما
البيع او قبلا نصيب احد البايعين لا يصح فكذا القبض وانما يصح القبول اذا كان مطابقا للايجاب واذا باع
شيئين وقبل في احدهما او شيئا وقبل في بعضه لا يكون هنا قبولا لا يجاب لكنه ابتدا ايجاب
من المشتري فكان البايع بالخيار دل عليه ما ذكرنا في الايمان اذا قال لامراته طالق وعبده حر ان
شا فلان فشا احدهما دون الاخر لا يقع شي لانه ليس بجواب فاذا لم يصح الجواب في احدهما
مع انه لا ضرر على الزوج والمولى فهنا اولى وذكر الكرخي رحمة الله اذا قال بعتك هذين العبدين بالف درهم

فقبل المشتري في احدهما لا يصح وان رضي البايع في المجلس لان حصة هذا العبد من الثمن
مجهولة الان تبين الثمن فرض البايع ولو قال بعتك هذين القفيزين بعشرة فقبل في
احدهما لا يصح الا برضا البايع ايضا وان رضي يصح ولا يحتاج الى بيان الثمن لان للبعض
حصة معلومة ولو سمى كل واحد من المشتريين ثمن الذي اشتراه كان له ان يقبض حصته اذا
نقد ثمنه وهذا قياس او قولهما اما على الاستحسان وعلى قول ابي حنيفة لا رجل قال لاخر قد بعتك
هذه العشرة الاثواب كل ثوب بعشرة فقبل المشتري البيع في احدها ليس له ذلك لان الصفقة
واحدة عندهم جميعا لان الموجب للاتحاد راجح ولو قبل ونقد بعض الثمن ليس له ان ياخذ
شيا وكذلك لو قال رجل لرجلين قد بعتكما هذا العبد بالف درهم فقبل احدهما واراد الذي قبل
ان ياخذ نصفه ليس له ذلك لان الصفقة متحدة فلا يملك التفريق ولو كان البايع قال لهما بعتكما
هذا العبد بالف بعتك ايها المشتري نصفه بخمسماية وبعتك ايها الاخر نصفه بخمسماية
فقبل احدهما دون الاخر صح في نصفه وهذا قياس واستحسان عندهم جميعا لان الصفقة
قد تعددت لان العاقد مختلف والبيع متكرر والثمن مختلف رجلان قالا لرجل بعناك
عبدنا هذا بالف درهم فقال المشتري لاحدهما قبلت حصتك ولا اقبل حصة الاخر فليس له
ذلك لان الصفقة واحدة ولو سمى البايعان ثمن حصة كل واحد منهما بان قالا بعناك بالف وقال
احدهما بعتك حصتي بخمسماية وقال الاخر مثل ذلك فقبل المشتري نصيب احدهما جاز وهذا
قياس وعندهما اما في الاستحسان وعند ابي حنيفة رحمة الله لا ولو اشترى دارا من رجلين
صفقة واحدة وسمى ثمن حصة كل واحد فللشفيع ان ياخذ احدى الحصتين وهذا قياس او
قولهما وان اشترى الحصتين جملة بالف فليس للشفيع ان ياخذ احدهما دون الاخر وهذا قياس
واستحسان وقولهم جميعا لان الصفقة واحدة فالحاصل ان في كل موضع يملك المشتري التفريق
في القبول والقبض يملك الشفيع التفريق في الاخذ تفرق الصفقة وقيامه مقام المشتري وفي كل
موضع لا يملك المشتري التفريق في القبول والقبض لا يملك الشفيع التفريق في الاخذ لاتحاد الصفقة

باب في البيعين اللذين يقعان معا من البيعين والهبة والعتق والنكاح

اصل الباب ان الاسباب الشرعية يجب صيانتها عن التعطيل ما امكن والتصرفان المتغايران
او المتوافقان في الحكم يجوز اجتماعهما في عين واحد في وقت واحد لاثنين على سبيل التوقف لان حكم
الموقوف يثبت على سبيل التردد ويستقيم التردد في تصرفات كثيرة في محل واحد لانه ليس في ذلك
الاجتماع سببين التمليك على ان يعمل احدهما وذلك جائز كالدار الواحدة اذا اجتمع فيها شفيعان
او شفعا وكوجب القصاص لجماعة وجنايات المدبر وكالمشتري اذا كان شفيع الدار ولا يجوز
اجتماعهما بوصف النفاذ لان حكم النافذ مقطوع به والمحل الواحد في زمان واحد يضيق عن
احكام متعارضة والموقوفان اذا وقعا متعارضين فالسبيل الترجيح ان امكن والتنصيف
ان استويا والمحل قابل الحكم على سبيل الشركة وان لم يكن احدهما قابلا للتنصيف ينفذ ما هو
قابل للتنصيف ويبطل الاخر وان لم يكن كل واحد منهما قابلا للتنصيف بطلا لان كل واحد منهما يدفع
الاخر ومع التدافع لا يستقيم النفاذ اذا عرفنا هذا قال محمد رحمة الله رجل باع عبد الرجل بغير امره من

من رجل وباع رجل اخر ذلك العبد من رجل اخر فبلغ المالك فاجازهما كل واحد من العقدين في النصف
والمشتريان بالخيار ان شا اخذ كل واحد منهما نصفه بنصف الثمن الذي اشتراه وان شا ترك
اما جواز البيع لانه لا ينافي في انعقادهما بوصف التوقف واحتمال النفاذ ثابت في كل واحد من العقدين
فانه كاف للاعتبار بوصف التوقف لاحتمال الفائدة والبيع الثاني لا يوجب فسخ الاول لان الثاني
لا يملك فسخ الاول قصدا فلا ينفسخ الاول حكما الثاني ايضا فبقيا موقوفين فاذا اجاز المالك البيعين
معا نفذ كل واحد من البيعين في نصف العبد العبد بنصف الثمن لان البيعين مستويان في الاحكام
لا مزية لاحدهما على الاخر والمحل قابل للشركة فعند المساواة يجب الرد الى النصف اذا كان العقد ان حما
يحتمل الرد الى النصف لان المستحق بالبيع ملك المبيع والثمن وانه قابل للشركة الا ترى انهما لو كانا وكيلين
وخرج الكلام منهما معا او على التعاقب ولا يعرف السابق منهما كان الحكم ما ذكرنا فكذا هنا لان الاجازة
في الانتهاء كالاذن من الابتداء فان قيل ينبغي ان يبطل البيعان جميعا لان المالك اجاز كل واحد
من البيعين في جميع العبد واجازة احد البيعين بعينه في جميع العبد توجب انفساخ
البيع الاخر قيل له اذا اجاز احد البيعين بعينه انما انفسخ الاخر لانه تعذر اجازة البيع الاخر
من المالك القديم لانه زال عن ملكه ومن المالك الجديد لانه لم يتوقف عليه فينفسخ ضرورة و
ولانه طرى الملك النافذ على الملك الموقوف فابطله اما هنا امكن الاجازة في نصف العبد
لما اجاز البيعين معا في جميع العبد بان يجعل مجيزا لكل واحد من البيعين في نصف العبد
حتى لا يلغوا الاجازة فان المجيز قصد الصحة وقد امكن اثباتها في نصف العبد ان تعذر اثباتها
في جميعه فيجعل مجيزا النصف تصحيحا للكلام بقدر الامكان الا ترى ان الوكيل باع كل واحد
منهما جميع العبد ومع هذا نقد في النصف كذلك هنا فرق بين هذه المسالة وبين الفضولي
اذا زوج امة انسان من رجل وفضولي اخر زوجها من رجل اخر فاجاز المولى النكاحين
معا بطل العقدان فكذا اذا اجاز في الانتها واما خيار المشتريين لان كل واحد منهما شرط
عقده فيخير ولو رد احدهما لا يحمل حق الاخر لان الملك وقع على المناصفة بحكم المزاحمة
فان فسخ العقد في كل نصف لقضية الثبوت بالعقد الاخر والمفسوخ لا يحتمل العود الا اذا فسخ
احدهما العقد قبل الاجازة المالك فالكل له لانتفا المزاحمة بمنزلة ما لو ادعى اثنان دارا في
يد رجل كل واحد يدعي انه اشتراها من ذي اليد واقاما البينة وقضى بينهما يخيران فلو
نقض احدهما البيع لا يحمل حق الاخر لان القاضي بالقضا بينهما فسخ بيع كل واحد منهما في النصف
ولو ترك احدهما الخصومة قبل القضا يقضي بالكل للاخر وكذلك لو كان الذي ولي البيع رجل واحد
والمشتري اثنان هكذا ذكر في الكتاب ولم يفصل بينهما اذا باع الواحد منهما العبد منهما
العبد بلفظ واحد بان قال بعت منكما هذا العبد بالف درهم او بلفظين بان قال لاحدهما
اولا مرة بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال للثاني مثل ذلك بعده وحكي الفقيه ابو بكر
الجصاص رحمة الله في شرح جامعه عن استاذه ابي الحسن الكرخي انه كان يقول ما ذكر محمد في الكتاب
محمول على ما اذا باع الفضولي بلفظ واحد اما اذا باع بلفظين ثم اجاز المالك البيعين يقضي

بالعبد كله للثاني ويكون بيعه من الثاني جميع العبد فسخا للاول لان الفضولي كان يملك فسخ البيع
الاول قبل الاجازة فيفسخ ايضا حكما لبيعه من الثاني كما لو كان المشتري واحدا فانه ينفسخ الاول
بالثاني وكذا لو كان المالك هو الذي باع عبده من رجل وقبل عن المشتري صبي محجور او عبد محجور
ثم باع المالك من اخر وقبل من المشتري ايضا صبي محجور او عبد محجور فان الاول ينفسخ بالثاني وكان
الكرخي رحمه الله يقول بان المسالة على هذا التفصيل تروى عن اصحابنا رحمهم الله ولم يذكر موضع
الرواية فطعا فما قاله الكرخي رحمه الله قول محمد وكذلك لو كان الذي ولي البيع رجل واحد فهذا العطف
على المسالة الاولى في احد الحكمين وهو القضا بالعبد بينهما نصفين لان في الحكم الثاني وهو
خيار المشتريين فان الفضولي متى قال بعت العبد منكما او من كل واحد منكما او من كل واحد منكما
واجاز المالك لا يتخيران وذكر الفقيه ابو بكر البلخي في شرح جامعه الذي املاه وقال بان الفضولي لو
باع منهما بلفظين واجاز المالك البيعين جاز كل واحد من البيعين في نصفه وظاهر عطف
محمد يدل على هذا ليكون المعطوف مساويا للمعطوف عليه في الحكمين جميعا وانما قال ذلك
لان البيع الاول انعقد موقوفا على الاجازة ولم يوجد من البايع ما يفسخ الاول لا قصدا اما
نصا فظاهر واما اقتضا فلان لا منافات بينهما بوصف التوقف حتى يجعل الاقدام على الثاني
فسخا للاول كما لو كان البايع اثنين اقصى ما في الباب انه يملك الفسخ لكن لا بد من
قيام دلالة الفسخ لينفسخ ولم يوجد بخلاف المالك اذا باع ثم باع لان الاول نفذ في
حق المالك انما يوقف لحق المشتري الا ترى ان المشتري لو اختار لا يحتاج الى الاجازة من
جهة المالك ومن ضرورة نفاذ الاول في حق المالك ان لا يصح الثاني فيصير اقدامه على الثاني
فسخ الاول ضرورة لانه مالك للفسخ قبل اجازة المشتري حتى لا يزول المبيع عن ملكه وكذا
لو كان واحدا نفذ في حق المشتري وانما التوقف لحق المالك فكان اقدامه على الثاني
فسخا للاول ضرورة وبخلاف ما اذا فسخ الفضولي البيع نصا قبل الاجازة لانه بالفسخ فرغ عن العهدة
وهنا لم يفرغ حين باع من الثاني فان قيل ان لم يفرغ عن اصل العهدة فرغ عن الزيادة لان الناس
يتفاوتون في استيفا العهدة والخصومة قيل له نعم لكن باعتبار الفراغ عن الزيادة ان كان يثبت
فسخ البيع الاول فباعتبار التزامه اصل العهدة لا يثبت والانعقاد كان ثابتا فلا ينفسخ بالشك
كذلك لو كان المولى وكل رجلا ببيعه ووكل اخر ايضا ببيعه فباع كل واحد منهما من رجل معا لان كل واحد من البيعين
امكن اثباته في نصف العبد فوجد كل واحد منهما الى العبد لاستويهما تحصيلا لغرضهما فدين بقدر الامكان
ولان الاذن في الابتدا بمنزلة الاجازة في الانتها ولو وجدت الاجازة في الانتها بالبيعين معا جاز كل واحد
منهما في نصفه وتخير المشتريان فكذا الاذن في الابتدا ولو باع الوكيل من رجل والموكل من رجل اخر معا فكذا
عند محمد رحمه الله لانهما استويا في ولاية التنفيذ وعند ابي يوسف بيع الموكل اولى لقوة ولايته ولو باع احد
الوكيلين اولا بعد الاول دون الثاني لان الوكيل الثاني انعزل بنفوذ تصرف الاول وكذا لو باع الموكل بنفسه
او باع الوكيل قبل المالك لانعدام الملك وقت البيع من المالك رجل باع امة رجل بالف درهم وزوجها
اخر من اخر بالف درهم فاجازهما المولى فالبيع جائز والنكاح باطل واختلف المشايخ في علة البطلان منهم

منهم من قال انما يبطل لان البيع لما انعقد طرى الحل البات على الحل الموقوف فبطل حتى حكى الفقيه ابو بكر
الجصاص عن الكرخي رحمهما الله انه كان يقول لو باع الفضولي الامة من المراة او من رجل لا تحل له الامة
يجوز البيع والنكاح جميعا ومنهم من قال انما يبطل لان البيع مع النكاح مستويان فان حالة الاجازة
كل واحد منهما مما يبطل رد المالك والنكاح بعد النفاذ ان كان اقوى من حيث انه لا يحتمل الفسخ بعد
وقوعه ولا يبطل بالشرط الفاسد فالبيع اقوى من حيث انه يفيد ملك الرقبة وملك المتعة فاستويا
وحالة الاستوا يجب القضا بكل واحد من العقدين في النصف كما في البيعين الا ان تجوز النكاح
في نصف الامة غير ممكن فلم يبق النكاح مزاحما للبيع فنفذ البيع في الكل وهذا لان البيع تمكن
ونفذ في النصف بقضية الاضافة وفي المحل الذي يمكن البيع لا يستقيم تنفيذ النكاح
فاندفع النكاح في بعضه واذا اندفع النكاح في البعض اندفع في الكل لانه لا يتجزى والى هذا
اشارة في الكتاب قال لان النكاح لا يثبت مع البيع ولان البيع اقوى من النكاح فان البيع يرد
على النكاح ولا يرد على البيع الا ترى انه لو باعها ثم زوجها لا يجوز ولو زوجها ثم باعها يجوز فاذا
اجتمعا ترجح البيع على النكاح كما قلنا في نكاح الحرة مع الامة وروي عن ابي يوسف رحمه الله
انه قال جاز البيع والنكاح جميعا لانه ليس في احدهما ما يدفع الاخر الا ترى ان رجلا لو
اقام البينة على البيع والاخر على النكاح يقضى لهما جميعا كذلك هنا ولو اعتق احدهما او دبرا
او كاتب وباع الاخر واجازهما المولى معا جاز العتق او فروعه وبطل البيع لان البيع لا يثبت
مع العتق اشار اليه ما قلنا ان قضية اضافتهما الى محل واحد التنصيف عند الاجازة والبيع
لا يحتمل مع العتق فاندفع البيع عن بعض المحل ومتى اندفع عن بعضه اندفع عن كله ولان
العتق اقوى من البيع فعند المعارضة رجحناه الا ترى ان رجلا لو وكل رجلا ببيع نصف عبده
ووكل اخر بعتق نصفه او بكتابة نصفه او تدبير نصفه ففعلا معا جاز العتق والكتابة
ويبطل لان عند اجتماعهما انتفت المحلية في العتق ولم تنتف في البيع ولهذا لو قامت البينة
على العتق على ذي اليد او على التدبير واقام رجل البينة على الشرا منه يقضى بالعتق والتدبير
ولان العبد بالعتق يصير قابضا لنفسه والعتق ينفرد به المعتق والشرا لا يتم الا بالايجاب والقبول
فكان العتق والتدبير سابقا من هذا الوجه ولانه تعذر رد البيع الى النصف فان بيع النصف
مع عتق النصف وتدبير النصف او كتابته لا يتصور بيع النصف لا يمنع العتق وعتق
النصف يمنع البيع والعتق لا يحتمل الفسخ والبيع يحتمل والكتابة تفضي الى الحرية فاذا لم
يجز رد البيع الى النصف لم يقع البيع مزاحما للعتق او الكتابة رجل وهب عبد رجل بغير
امره وقبضه الموهوب له وباعه رجل اخر من اخر فاجازهما المولى معا جاز كل واحد منهما
في النصف وللمشتري بالخيار لانهما استويا حالة الاجازة والمحل قابل للشركة وبيان
الاستوا استواهما في القوة لان قوة التصرف بحكمه وحكم الهبة اذا ثبت يكون
يكون مثل حكم البيع الا ترى ان كل واحد منهما لا يرد على الاخر فوجب اعمالهما على السوا
في المحل الذي يحتمله وهو الشيوع فيما لا يحتمل القسمة فان قيل البيع اقوى من الهبة

لانه يوجب الملك بنفسه والهبة لا الا ترى ان محمدا رحمه قال في كتاب الدعوى عبد في يد رجل
جاء رجل وادعى انه اشترى منه بثمن معلوم وادعى الاخر انه وهب له وقبضه باذنه واقاما البينة
قضى بالعبد كله لمدعي الشرا جعل البيع راجحا قيل له انما كان المشتري اولى ثمة لان العقد
قد ظهر بالبينة فجعل التاريخ بينهما كانهما وقعا معا ولو وقعا معا يصح الشرا ولا يصح الهبة
لان الملك بالشرا تثبت بنفس العقد والملك بالهبة لا يثبت الا بعد القبض فظهر ان الموهوب
له حين قبض قبض ملك المشتري فلم يصح الهبة اما هنا الملك بالبيع والهبة يصح بالاجازة
وحالة الاجازة الهبة مقبوضة للموهوب له فلم يسبق وقوع الملك بالشرا وقوعه الملك بالهبة
فوجب القضا بينهما ولان البينة تترجح بزيادة الاثبات وبينة البيع تثبت الملك في
البدلين وبينة الهبة تثبت الملك في الموهوب لا غير فرجحت بينة المشتري وهنا الملك
يثبت بالاجازة وهما فيه سوا وقيل تاويل المسالة الدعوى في الهبة بدون القبض وعلى هذا التقدير
لا تصح الدعوى لانه لا يدعي حقا لازما واما اخبار المشتري فلما ذكرنا من تغير شرط العقد
ولا اخبار للموهوب له وان تفرق ملكه لانه لو وهب له جميع الامة واستحق نصفها لا يتخير
الموهوب له ويتخير المشتري كذلك هنا الا ترى ان له ان يرجع في نصف الموهوب فلا خيار
للموهوب له فان اختار المشتري ترك النصف لم يكن للموهوب له عليه سبيل لان القاضي لما
رد كل واحد منهما الى النصف فقد فسخ الهبة في النصف الاخر والهبة متى فسخت لا تعود الا
بالتجديد ولان كل واحد منهما صار مقضيا عليه في النصف بالفسخ ومن صار مقضيا عليه في
حادثة لا يصير مقضيا له في تلك الحادثة ولان قصد المالك عند اضافتهما الى المحل مع علمه يستحيل
ثبوت حكم كل واحد منهما على الكمال التنصيف فلا يستقيم القول بالتكميل لانه يكون قولا لا يثبوت حكم
التصرف على حسب ارادة المتصرف ولو كان مكان العبد دارا او شيا اخر مما يحتمل القسمة والمسالة بحالها جاز
البيع وبطلت الهبة لان قضية الاضافة اليهما التنصيف وقد تعذر التنصيف في الهبة لمكان
الشيوع فلم تبق رافعة للبيع والبيع يصلح رافعا لها لتمكنه في بعض المحل فلم تبق الهبة مزاحمة للبيع فينفذ
البيع ولانه متى لم يصح اثبات حكم في النصف وما قصد المالك اثباته كلا يلغو في نفسه عند الاضافة
مع البيع فصار كانه لم يجز الهبة ولو لم يبع وكانت الهبة ايضا في الدار فاجازهما بطل في قياس
قول ابي حنيفة رحمه الله وجاز في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله وجاز في قياس قولهما لان عند ابي حنيفة
تعذر رد كل واحد من العقدين الى النصف لانه يصير كانه وهبها منهما معا وذلك لا يجوز عنده وعندهما
يجوز فامكن الرد الى النصف اجمع اصحابنا ان الهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة يجوز وفيما
يحتمل القسمة لا يجوز وعند الشافعي رحمه الله يجوز يعني لا يقع الملك للموهوب له بالقبض
قبل القسمة عندنا وعنده يقع الملك وتتم الهبة الجميع من رجلين لا تجوز عند ابي حنيفة رحمه
الله وعندهما تجوز وجه قول الشافعي رضي الله عنه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما دخل المدينة
نظر الى موضع المسجد فوجدها بين اسعد بن زراره وبين رجلين من قومه فوهب اسعد
رضي الله عنه نصيبه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وهب الرجلان نصيبهما منه ايضا فبنى

نبني المسجد وقال صلى الله عليه وسلم للرجل الذي اتاه بكبة من شعر اما نصيبي منها فهو لك فقد
وهب المشاع وعن انس رضي الله عنه انه جوز الهبة في المشاع ولانه عقد تمليك للمال فيصح في المشاع
كالبيع وتاثيره ان الجز المشاع في محل لما هو موجب هذا العقد وهو الملك وانما يشترط في المحل المضاف
اليه كونه محلا لحكم العقد وبه فارق الصوف على ظهر الغنم فانه مملوك وصفا وتبعا لا مقصودا وموجب
الهبة الملك مقصودا ولهذا لا تجوز اضافة البيع اليه بخلاف الجزء الشايع ولان الشيوع فيما لا
يحتمل القسمة لا يمنع تمام الهبة وما يوثر فيه الشيوع ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة فيه سوا
كالرهن عندكم والنكاح عندي ولان الهبة عقد تبرع فيكون بمنزلة القرض والوصية والشيوع
لا يمنع الوصية وهي تبرع بعد الموت فكذا في الحياة ولا يمنع القرض ايضا فانه رفع الف درهم
الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الاخر بشركته يجوز وبفصل القرض يبطل
اعتمادكم على اشتراط القبض فالقبض شرط لوقوع الملك في القرض ثم لا يشترط القسمة والدليل
على ان القبض يتم مع الشيوع انه ينتقل الضمان الى المشتري بالقبض مع الشيوع ويملك المشاع
عندكم بالبيع الفاسد والمشاع يصلح ان يكون راس مال السلم وبدل الصرف واعتمادنا على اجماع
الخلفا الراشدين رضي الله عنهم على اشتراط القسمة وعن علي رضي الله عنه من وهب ثلث كذا او ربع
كذا لا يجوز حتى يقاسم والمعنى فيه ان شرط القبض منصوص عليه في الهبة فقد قال صلى الله عليه وسلم
لا تجوز الهبة الا مقبوضة معناه لا يثبت الحكم وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق
والصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على هذه فيراعى وجوده على اكمل الجهات التي تمكن كشرط استقبال
القبلة في الصلوة لما كان منصوصا عليه يشترط ذلك فيه حتى لو استقبل الحطيم لا يجوز صلاة
والحطيم من البيت من وجه وكذا الاذن في المسح وهذا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون
ثابتا مطلقا وبدون الاطلاق لا يثبت الكمال والقبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه
لان القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشي في حيز القابض والمشاع في حيزه من وجه
وفي حيز شريكه من وجه لانه لا يمكن ان يشار الى شي منه بعينه فيقال انه في يد هذا دون هذا ولان
القسمة من تتمة القبض الا ترى ان الشفيع لا ينقض قسمة المشتري كما لا ينقض قبضه مع
ان له حق نقض تصرفاته وان للمشتري ان يطالب البايع بالقسمة والثابت له حق المطالبة
بالقبض بعد الشرا فعرفنا ان القسمة من تتمة القبض فبدونها لا يتم ولكن هذا فيما يتاتى
فيه القسمة فاما فيما لا تقسم القسمة لا يكون حيازة لان المقصود الانتفاع وبالقسمة
يتلف شي فعرفنا ان القسمة فيه ليس من تتمة القبض ولان اشتراط اصل القبض في وقوع
الملك هنا المعنى ذلك المعنى موجود في القسمة وهو ان لا يصير عقد التبرع سببا لوجوب
الضمان للمتبرع عليه على المتبرع في غير ما تبرع به لانه لو ملك قبل القبض طالبه
بالتسليم اليه فكذلك لو ملك قبل القسمة فيصير عقد التبرع موجبا ضمان القسمة عليه
وهو خلاف موضوع التبرع بخلاف ما لا يحتمل القسمة فانه لا يستوجب به حق
المطالبة بالقسمة والمهايات قسمة المنفعة وعقد التبرع لا في العين فلم يكن ذلك ضمانا في عين ما

تبرع به ولا يرد علينا ما لو تلف الواهب الموهوب بعد التسليم يضمن قيمته لان الضمان يلزمه
بالاتلاف لا بعقد التبرع وضمان القسمة هنا وان كان بالملك فذلك الملك حكم الهبة فلا
يمنع اضافة الضمان الى الهبة الا ترى ان شرا القريب اعتاق وان كان العتق بسبب الملك
لان الملك حكم الشرا وبه فارق البيع فانه عقد ضمان فجاز ان يتعلق به ضمان المقاسمة ولان
اصل القبض هناك لا يشترط لوقوع الملك فكذلك ما يتممه وبه فارق الوصية فان اصل القبض
ليس بشرط للملك فكذلك ما يتممه وكما يستحق هناك ضمان التسليم على الوارث يستحق ضمان
المقاسمة ايضا والقرض تبرع من وجه ومن وجه هو عقد ضمان حتى كان مضمونا بالمثل
فلا يبعد ان يتعلق به ضمان المقاسمة وشرط القبض هناك ليس بمنصوص ليراعى وجوده
على اكمل الجهات ثم لشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه بعقد الضمان لا تشترط فيه
القسمة عملا بهما وحديث الكبة فانما قال صلى الله عليه وسلم ذلك على وجه المبالغة في
النهي عن الغلول اي لا املك الا نصيبي فكيف اطيب لك هذه الكبة من الغنيمة الا ترى
انه ليس لواحد من الغانمين ان يهب نصيبه قبل القسمة لانه لا يدرى ان يقع نصيبه او كان
ذلك مما لا يحتمل القسمة فالكبة من الشعر اذا قسمت على جند عظيم لا يصيب كل واحد منهم
ما ينتفع به وحديث المسجد فذكر الواقدي رحمه الله ان ابا بكر رضي الله عنه هو الذي اشترى
موضع المسجد باثني عشر دينارا واولى تثبت الهبة فيحتمل ان اسعد رضي الله عنه وهب نصيبه
ولم يسلم حتى وهب الرجلان نصيبهما ثم سلموا جملة وعندنا هذا يجوز فان المؤثر الشيوع
عند القبض لا عند العقد حتى لو وهب الكل وسلم النصف لا يجوز ولو وهب النصف ثم النصف
وسلم الكل يجوز واما الكلام معهما قالا العقد والتسليم لاقى مقسوما فانه حصل في الدار
جملة فيجوز كما لو وهبها الواحد وهذا لان تمكن الشيوع باعتبار تفرق المالك والملك هنا حكم
الهبة وحكم الشيء يعقبه فالشيوع الذي ينبني على ملك يقع للموجب لهما لا يكون مقترنا بالعقد
ولا تاثير للشيوع الطارئ في الهبة كما لو رجع الواهب في النصف ولان المعنى استحقاق ضمان المقاسمة
على المتبرع وذلك لا يوجد هنا فالعين تخرج من ملك المتبرع جملة وانما المقاسمة بين الموهوب لهما باعتبار
تفرق ملكهما ولان تاثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مسائل لا تحتمل القسمة
بخلاف الهبة ثم لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى وكذلك الاجارة عند ابي حنيفة رحمه الله
لا تصح مع الشيوع ثم اذا اجر دارا من رجلين تجوز الهبة فكذا الهبة وابو حنيفة يقول قبض
كل واحد منهما لاقى جزءا شايعا وذلك غير موجب للملك فيما يحتمل القسمة بحكم الهبة كما لو
وهب النصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وهذا لان تاثير الشيوع باعتبار القبض
لا يتم معه وذلك موجود هنا فكل واحد منهما لا يقبض الا نصيبه ولا يتم قبضه مع الشيوع
والدليل عليه ان المانع تمكن الشيوع في الملك المستفاد بعقد الهبة حتى لو وهب النصف من
رجل وسلم الكل جملة يجوز لانه لا شيوع في الملك المستفاد بالهبة ولو وهب النصف وسلم
ثم وهب النصف لا يجوز لتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة ولو وهب رجلان من

من واحد يجوز وجود الشيوع في الواهبين لانه لا شيوع في الملك المستفاد بالهبة وان وهب احدهما
نصيبه من زيد والاخر نصيبه من عمرو ولا يجوز لتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة
فثبت ان المانع هذا وهو موجود في الهبة من الرجلين والدليل على ان المعتبر جانب المتملك دون
حكم الشفعة فان رجلين لو اشتريا دارا من واحد كان للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما لتفرق
الملك من جانب المتملك ولو باع رجلان من واحد لم يكن للشفيع ان ياخذ نصيب احد البايعين
لعدم التفرق من جانب المتملك فظهر ان المعتبر جانب المتملك لا جانب المتملك ولا اعتماد على انتفا
ضمان المقاسمة عن الواهب فان رجلين لو وهبا من رجلين على ان يكون نصيب احدهما بعينه ونصيب
الاخر للاخر لا يجوز وليس على الواهبين ضمان المقاسمة وليست الهبة كالرهن لان المانع هناك
تمكن الشيوع في المحل فان موجبه الحبس في الجزء الشايع لا يتاتى وفي الرهن من رجلين لا شيوع
في الحبس لان الحبس ثبت لكل واحد منهما في الكل حتى لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا
من الرهن ما لم يقض دين الاخر وهذا لانه لا مضايقة في الحبس فكما يجوز ان يكون الشخص الواحد
كله محبوسا بدين زيد وكله محبوسا بدين عمرو فكذلك العين الواحد وهنا موجب العقد الملك ولا
يتاتى ثبوته بكماله لكل واحد منهما فعرفنا ان كل واحد منهما يتملك جزءا شايعا وهذا بخلاف الاجارة
فالمانع تعذر استيفاء المنفعة التي تناولها العقد من الجزء الشايع وذلك لا يوجد في الاجارة من
الرجلين والمانع استحقاق عود المستاجر الى يد الاخر في مدة الاجارة بحكم المهايات وذلك
لا يوجد في الاجارة من الاثنين ولهذا اجاز اجارة احد الشريكين من شريكه بخلاف الهبة
ولو كان احدهما هبة والاخر صدقة فاجازهما المالك معا لا يجوز لانه يصير واهبا ومتصدقا
دارا من رجلين وذلك لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وينبغي ان يكون هنا على
الرواية التي لا تجوز الصدقة على اثنين وهو رواية كتاب الهبة اما على رواية كتاب الجامع
الصغير ينبغي ان تجوز الصدقة وتبطل الهبة لان الشيوع لا يمنع تمام الصدقة على هذه الرواية
فتمكنت الصدقة في النصف فاندفعت الهبة على ما ذكرنا ولو كان احدهما بيعا والاخر رهنا بدين
على الفضولي فاجازهما معا فالبيع جائز والرهن باطل لانه تعذر رد الرهن الى النصف سوا كان
في العبد او في الدار لان رهن المشاع باطل فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل فلم يبق الرهن
مزاحما للبيع فنفذ البيع في الكل ولان البيع اقوى ولو كان احدهما هبة او صدقة والاخر رهنا
جازت الهبة والصدقة في العبد وبطل الرهن لانه تعذر رد الرهن الى النصف لما قلنا
وامكن رد الهبة والصدقة الى النصف فلم يبق الرهن مزاحما لها ولو كان ذلك في
الدار لم يجز شيء منهما لانه تعذر رد كل واحد منهما الى النصف لان كل واحد منهما لا يحتمل التنصيف
وقصد المالك عند اجازتهما التنصيف وعلى قياس العلة التي ذكرنا ان احد التصرفين اذا
كان اقوى يدفع الادنى عند التعارض ينبغي ان تعتبر الهبة او الصدقة لانها
اقوى لانها تفيد ملك الرقبة الا انا نقول ليست الهبة باقوى من الرهن من كل وجه
لانها ان كانت اقوى من حيث انها تفيد ملك العين لكن الرهن اقوى من حيث انه

يعيد الملك بضمان وذكر في الشهادات اذا ادعى احدهما الهبة والقبض وادعى الاخر الرهن
والقبض واقاما البينة قضيت بها لصاحب الرهن من قبل انه نقد ماله فيه وقد كان ينبغي
في القياس ان يكون صاحب الهبة اولى ومعنى هذا ان صاحب الهبة في
القياس اولى لانه يثبت ببينته ملك العين لنفسه والمرتهن لا يثبت ذلك ببينته
وكل واحد من العقدين لا يثبت الا بالقبض فترجح الموجب للملك في العين منهما
ولان الرهن لا يرد على الهبة والهبة ترد على الرهن فانه بعد الهبة منه لو رهنه كان باطلا
وبعد الرهن لو وهبه من المرتهن كان صحيحا فعند التعارض يترجح الوارد وفي الاستحسان
الرهن اولى لانه عقد ضمان والمقبوض بحكم الرهن مضمون بما يقابله من الدين والمقبوض بحكم
الهبة لا يكون مضمونا وعقد الضمان اقوى من التبرع ولانه لا بد من اثبات حق المرتهن وثبوت
الملك للموهوب له لا يمنع ثبوت حق المرتهن فان الواهب اذا رهن الموهوب بدينه برضى الموهوب
له جاز ولا يمكن اثبات الهبة مع ثبوت حق المرتهن فانه بعد الرهن لو وهب برضى المرتهن
وسلم بطل حق المرتهن فلهذا الرهن اولى من الهبة ولو رهن احدهما من رجل ورهن الاخر واجازها
لم يجز شيء منه في العبد والدار لان قصد المالك التنصيف فان قيل هلا يجعل هذا بمنزلة ما لو رهن
من رجلين حتى يجوز قيل له اذا رهن من رجلين انما يجوز اذا لم يقل الراهن رهنت منك النصف بدينك
والنصف من الاخر بدينه اما اذا قال ذلك لا يجوز وهنا متى قضينا بالرهن بينهما نصفين يبطل
من رهن كل واحد منهما النصف ويبقى النصف فيصير بمنزلة ما لو رهن من رجلين على ان يكون
النصف رهنا بدين احدهما والنصف بدين الاخر وفي الشهادات اذا قام رجلان البينة كل واحد
منهما انه ارتهن بالف ففي القياس لا يكون رهنا لواحد منهما وبه ناخذ وفي الاستحسان يكون
لكل واحد منهما نصفه رهنا لان كل واحد منهما اثبت الرهن منه بالبينة والقضا بهما ممكن فان
الرهن للدار الواحدة من رجلين بدين لهما عليه صحيح وجه القياس ان الحجتين لما استويا فلا بد
من القضا لكل واحد منهما بالنصف واثبات حكم الرهن لكل واحد منهما في النصف شايعا غير ممكن
فتبطل الحجتان كما لو اقام رجلان كل واحد منهما البينة على نكاح امراة واخذنا بالقياس لان وجهه
اقوى فان في الرهن من رجلين العقد واحد وكل واحد منهما راض بثبوت حق صاحبه في الحبس فامكن اثبات
ملك اليد الذي هو موجب الرهن لهما في المحل من غير شيوع بان يجعل كان العين كله محبوس بدين كل واحد
منهما ولا يتاتى ذلك هنا لان كل واحد منهما اثبت الملك لنفسه بعقد على حدة ولا يرضى كل واحد
منهما بثبوت حق صاحبه معه فلا بد من القضا لكل واحد منهما بالنصف ولو باع احدهما واجر
الاخر واجازهما المالك جاز البيع وبطلت الاجارة لان البيع اقوى من الاجارة الا ترى
انه يرد على الاجارة لا ترد على البيع ولانه يفيد ملك الرقبة والمنفعة والاجارة يفيد
ملك المنفعة لا غير قالوا هذا قول ابي حنيفة لان البيع يحتمل التنصيف والاجارة
لا فتعذر ردها الى النصف لان اجارة المشاع عنده باطل الا من شريكه فلم تبق الاجارة مزاحمة للبيع
وقصد المجيز تنصيفهما عند الاضافة الى محل واحد فتلغو الاضافة في حق ما لا يحتمله فاما

فاما عندهما يقضي بينهما نصفين لانه امكن رد كل واحد منهما الى النصف وكذلك الهبة والاجارة كانت
الهبة اولى لان قبضت لما قلنا انها اقوى قال الشيخ الامام الزاهد المعروف بخواهر زاده رحمه الله
في شرح هذا الكتاب ينبغي ان يكون الجواب على التفصيل ان كانت الدار لا تحتمل القسمة عند ابي حنيفة
رحمه الله تجوز الهبة ولا تجوز الاجارة وعندهما يجوز الامران جميعا كل واحد منهما في النصف
وان كانت تحتمل القسمة فعند ابي حنيفة يبطل العقدان جميعا وعندهما تجوز الاجارة لانها تحتمل
الرد الى النصف والهبة لا ولو كانت اجارة ورهنا جازت الاجارة دون الرهن لانها اقوى لانها
توجب ملك اليد وملك الانتفاع هكذا ذكر في الكتاب قالوا وهذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
لان عندهما امكن رد الاجارة الى النصف دون الرهن فاما عند ابي حنيفة يجب ان يبطل العقدان
جميعا لانه تعذر رد كل واحد منهما الى النصف فيبطلان جميعا كالرهنين والنكاحين وعلى هذه
العلة يجوز ان يقال الاجارة اولى لان الشايع اشد تاثيرا في الفساد في حق الرهن الا ترى ان عند
الطريان يبطل ولا تبطل الاجارة والرهن من الشريك فاشد فالاجارة من الشريك ليست بفاسدة
الا ان في الشيوع الطارى في الرهن روايتان وكذا في الاجارة من شريكه فاستويا حجتهما في جواز
اجارة المشاع انها معاوضة مال بمال فيلزم في المشاع كالبيع وهذا لان موجب الاجارة ملك المنفعة
وللجزء الشايع منفعة الا ترى انه لو اجر من شريكه يجوز ولو اجر من رجلين يجوز كل واحد منهما علك
منفعة النصف شايعا والدليل عليه انه لو اعار نصف داره من انسان جاز وتاثير الشيوع في المنع من عقد
التبرع اكثر منه في المنع من المعاوضة كما في البيع مع الهبة فاذا جاز تمليك منفعة نصف الدار بطريق
التبرع فبطريق المعاوضة اولى وابو حنيفة رحمه يقول التزم بعقد المعاوضة تسليم ما لا يقدر على تسليمه
ولا يجوز كما لو باع الابق واجره وبيانه ان عقد الاجارة يرد على المنفعة وتسليم المنفعة يكون
باستيفا المستاجر ولا يتحقق استيفا المنفعة من النصف شايعا انما يتحقق من جزء معين فانهما
ان تهايا على المكان فكل واحد منهما يسكن ناحية بعينها وان تهايا على الزمان فانما يسكن كل واحد
منهما جميع الدار في بعض المدة فعرفنا ان استيفا المنفعة في جزء الشايع لا يتحقق فكان باضافة
العقد الى جزء شايع ملتزما تسليم ما لا يقدر على تسليمه ويحكى عن ابي طاهر الدباس انه كان
يقول اذا اجر احد الشريكين نصيبه من اجنبي يجوز عند ابي حنيفة رحمه واذا اجر المالك نصف
ارضه لا يصح وكان يفرق فيقول يحتاج الى المهاياة فاما ان يعود الحد الى الارض جميع
المستاجر في بعض المدة اذا تهايا على المكان وعود المستاجر الى يد الاخر يمنع استيفا المنفعة
بحكم الاجارة كما لو اعار المستاجر من الاخر او اجر منه فاستحقاق ذلك بسبب يقترن بالعقد
تبطل الاجارة ولان ملك الرقبة علة الملك المنفعة والمالك في الانتفاع بملكه لا يصح
نائبا عن غيره ولانه مبادلة المنفعة بجنسها قضيته ان لا تجوز المهاياة جوزنا اذا كان الملك
مشتركا ضرورة ولا ضرورة الى القول بالتصحيح لينتفع بطريق المهاياة فاما اذا اجر احدهما
نصيبه من اجنبي فالمهاياة تكون بين المستاجر والشريك ولا يعود المستاجر الى يد الاخر وانما
تعود الى يد اجنبي وذلك جائز في الاجارة كما لو اعار المستاجر او اجر من اجنبي ولانه يصلح

ناشا عنه والاصح انه لا فرق عنه لان استيفا المنفعه لا يتاتى الا بالمهاياة والمهاياة
عقد اخر ليس من حقوق عقد الاجارة وبدونه لا تثبت القدرة على قبض المعقود عليه وذلك
مانع من جواز العقد فان استوفى المنفعه يجب اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد
فاسد وهذا لان العجز عن التسليم يفسد العقد ولا يمنع انعقاده كما في بيع العقد وهذا بخلاف البيع
لان التسليم فيه بالتخلية لا يتم ذلك في الجزء الشايع يتم فاما اذا اجره من شريكه فقد روى عن
ابى حنيفة رحمة الله انه لا يجوز وجعله كالرهن على هذه الرواية لان استيفا المنفعه
التي تناولها العقد لا يتاتى الا بغيرها وهو منفعه نصيبه وذلك مفسد لعقد الاجارة
كمن استاجر احد زوجي المقراض لمنفعه قرض الثياب لان استيفا المعقود عليه ما يتناوله العقد
لا يمكن الا بما لم يتناوله وفي ظاهر الرواية يجوز لان استيفا المعقود عليه على الوجه الذي استحقه
بالعقد يتاتى هنا فانه يسلم جميع الدار فيصير مستوفيا منفعه نصيبه بملكه ومنفعة المستاجر
بحكم الاجارة بخلاف ما اذا اجره من غير شريكه فهناك يتعذر الاستيفا على الوجه الذي اوجبه العقد
وهو نظير بيع الابق ممن في يده باعتبار القدرة على التسليم والعجز عنه وهذا بخلاف الرهن ح
فالشيوع هناك ينعدم المعقود عليه وهو الحبس المستدام اذ لا تصور لذلك في الشايع وفي
هذا الشريك والاجنبي سوا اما هنا بالشيوع لا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة انما ينعدم التسليم
وذلك لا يوجد في حق الشريك وبه فارق الهبة ايضا فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام المقتضى
الذي به يقع الملك والهبة من الشريك ومن غيره في ذلك سوا واما اذا اجر من رجلين فتسليم المعقود
عليه كما اوجبه العقد مقدور عليه للمواجر ثم المهاياة بعد ذلك يكون بين المستاجرين بحكم
ملكهما وهو نظير الرهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه باعتبار ما اوجبه الرهن
لهما وفي الشيوع الطارى بان مات احد المستاجرين فقد ذكر الطحاوى عن خالد بن صبيح
عن ابى حنيفة رحمة الله انه يفسد العقد في النصف الاخر لان الاجارة يتجدد انعقادها
بحسب ما يحدث من المنفعة فكان بمعنى شيوع يقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد
في حق الاخر لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما اصل العقد منعقد لازم
في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارى والطارى ليس نظير المقارن كما في الهبة اذا وهب
جميع الدار وسلمها ثم رجع في نصفها وهذا بخلاف الاجارة لانه لا يثبت بها استحقاق التسليم والمؤثر
العجز عن التسليم وانما يؤثر في العقد الذي يتعلق استحقاق التسليم ولانه لا اثر لها في الحال
فان تطوع بتسليم الكل فقد اعار الكل وان اعار احد الشريكين نصيبه قام المستعير مقام
المالك مع الشريك الاخر فيتهايان والتهايي يصلح طريقا هنا على ما ذكرنا والله اعلم

باب البيع الفاسد والعتق في ذلك

اصل الباب ان
البيع الفاسد في افادة اصل الملك بعد القبض كالبيع الجايز والملك الثابت
بالبيع الفاسد يعتبر بالملك الثابت بالبيع الصحيح الا انهما يختلفان في اباحة الا
الانتفاع فالملك الثابت بالبيع الصحيح يفيد حل الانتفاع الثابت بالبيع الفاسد لا وذكر

وذكر شمس الائمة الحلواني رحمة الله انه يمنع من الوطي لا لان الوطي حرام بل لانه مكروه والملك بالبيع الصحيح
لا يستحق نقضه والفاسد يستحق ففي كل موضع لا يفيده الجائز فالفاسد لا يفيده ايضا عند اتصال
القبض وهذا لان حكم الفاسد انما يوجد من الجائز لان الشرع لا يرد بالفاسد ولا يترتب عليه الحكم
فيؤخذ حكمه من الجائز ولهذا قلنا تنفذ تصرفاته من الاعتاق والبيع والهبة والتدبير والكتابة
والرهن والاجارة لان نفوذ التصرفات باعتبار اصل الملك وهذا لان التمليك تسليط على
التصرف وهذه التصرفات تملك بصريح تسليط ولهذا لا يحل الوطي لانه لا يملك ولا يستباح
بصريح التسليط فكذا بالدلالة فبعد ذلك ان كان ما تصرف فيه تصرفا تعلق به حق الغير بوصف
اللزوم يمضي بقيمته لانه وجب عليه رده وقد فتلزمه القيمة وهذا لان الاصل انه متى تعلق بالعين
حق الله وحق العبد يقدم حق العبد باذن الله وحاجة العبد لانهما اونا بحق الله تعالى ورجا
العفو منه وهنا تعلق بالمبيع حق من حيث الفسخ وحق العبد والتدبير ونحوه بخلاف المشترى
من الغاصب لان ثمة تعلق به حق المشترى وحق المغصوب منه وكل واحد منهما حق العبد
فيرجح حق المغصوب منه لانه اسبق فان زال حق العبد بان رجع في الهبة او افتك الرهن او عجز
المكاتب ورد في الرق او رد المبيع بعيب قبل قضا القاضي بالقيمة رده على البايع لزوال المانع
وان كان بعد قضا القاضي بالقيمة لا يرد لتحول الحق الى القيمة بقضا القاضي فلا يعود الى القيمة
كما لو ابق المغصوب وقضى القاضي بالقيمة ثم عاد الى الاباق وفي الاجارة لا تضمن القيمة بل تنقض
وترد لانها تفسخ بالاعذار وقيام حق الشرع في الرد لفساد السبب من اقوى الاعذار الا ترى ان
المشتري لو اجر المبيع ثم وجد به عيبا كان له ان ينقض الاجارة ليرده فهذا اولى ولو كانت جارية
ووطيها لا يجب المهر وفي كتاب الشرب يقول العقر قيل تاويل المسالة انا لم يستولدها بالوطي
حتى ردها على البايع فان بردها ينفسخ الملك من الاصل فتبين ان الوطي صادف ملك الغير فيلزمه
العقر وفي البيوع قال استولدها بالاستيلاد تقرر ملكه فانما وطيها وهي مملوكة فلا يلزمه العقر وقيل
ما ذكر في البيوع قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وما ذكر في الشرب قول محمد رحمة الله اصله فيما ذكر
هشام انها لو زادت في بدنها في يد المشترى ثم اعتقها فعليه قيمتها يوم القبض عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله ووقت العتق فلما كان محمد يثبت حق البايع في الزيادة ويجعلها مضمونة
على المشترى بالاتلاف فكذلك المستوفى بالوطي لانه في حكم الزيادة هي ثمرة ومن اصلهما ان
الزيادة في يديها لا تكون مضمونة على المشترى بالاتلاف وكذا المستوفى بالوطي فلهذا لا مهر
عليه اذا عرفنا هذا قال محمد رحمة الله رجل باع عبدا بالف درهم ورطل من خمر على انه بالخيار شهرا
فقبضه المشتري بامر البايع قبل مضي الشهر لم يجز اعتاقه لان البيع ان كان جائزا لم يجز عتقه
لانا قد اولا موقوفا الى وقت سقوط الخيار لان خيار البايع يمنع زوال المبيع عن ملكه ولا يملكه
المشترى بالقبض فكذا اذا كان فاسدا بل اولى وهذا لما عرف ان خيار البايع يمنع انعقاد العقد
في حق الحكم في مدة الخيار فان قيل البيع اذا كان جائزا انما لم يجز لان خيار الشرط
ثابت في البيع الجائز لان اشتراطه يفيد حكمه وهو نفي لزوم حكمه حتى يتمكن به المشروط

له الخيار من الفسخ والاجارة ولا يلغو اشتراطه اما لا يثبت في البيع الفاسد لان اثباته لا
يفيد حكمه لانه غير لازم بدونه واذا لم يثبت وجب ان يكون الجواب فيه كالجواب في البيع
الفاسد اذا عري عن شرط قيل له الخيار في البيع الفاسد يفيد لوجهين احدهما ان حكم البيع بشرط
الخيار ليس نفي اللزوم فقط لكن له حكمان نفي اللزوم في مدة الخيار ومنع زوال المبيع عن ملك
البايع المشروط له الخيار وعدم ثبوت الملك للمشتري فاشتراطه في البيع الفاسد ان كان
لا يفيد احد حكميه وهو منع اللزوم يفيد الحكم الاخر وهو عدم الملك للمشتري والثاني وهو
ان الخيار الثابت بفساد البيع وحق الفسخ به مما لا ينفرد به البايع بل يتوقف على القضا او الرضا
على احدى الروايتين ويتابد والفسخ الثابت بخيار ينفرد به ولا بناء بذلك لنا غيرين وهذه المسالة
رواية عن علمائنا ان اختيار الشرط يثبت في البيع الفاسد كما يثبت في البيع الجائز ثم وضع المسالة
فيما اذا شرط في البيع مع شرط الخيار شهرا رطلا من خمر لانه اراد بذلك ان يكون البيع فاسدا عند
الكل ولو لم يذكر رطلا من خمر لم يفسد عندهما بناء على ان شرط الخيار مقدر بثلاثة ايام فما دونها
ولا يجوز اكثر من ذلك في قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد وابن ابي ليلى
يجوز اذا كانت المدة معلومة طالت او قصرت لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم
فاذا شرط الخيار شهرا وجب الوفا به وعن عمر رضي الله عنه انه اجاز الخيار لرجل في ناقة شهرين
والمعنى فيه ان هذه مدة ملحقة بالعقد شرطا تتقدر بالثلث كالاجل وهذا لان ما زاد على الثلث
كالثلاث في المعنى الذي لاجله جوزنا شرط الخيار ثم يعتبر هذا الخيار بخيار العيب والروية
او يقيس هذا العقد على عقد الكفالة فكما يجوز هناك اشتراط الخيار
اكثر من ثلاثة ايام يجوز هنا وابو حنيفة رحمه الله يستدل بالحديث فان النبي
صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة ايام والتقدير الشرعي اما ان يكون لمنع الزيادة و
النقصان او المنع احدهما وهذا التقدير ليس لمنع النقصان فعرفنا انه لمنع الزيادة اذ لو
لم يمتنع الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة وما نص عليه صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم من التقدير
لا يجوز اخلاوه عن الفائدة لانه ما كان مجازا في بيان الاحكام ثم بسبب اشتراط الخيار يتمكن
معنى الغرر وبزيادة المدة يزداد الغرر وقد كان القياس ان لا يجوز الخيار في البيع اصلا وهو
قياس شدة الاثر فانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وعن بيع وشرط الا انا تركنا القياس في مدة
الثلاثة لورود الاثر فيه وجواز العقد مع القليل من الغرر لا يدل على الجواز عند كثرة الغرر
وبه فارق الكفالة لانها تحتمل الغرر والخطر الا ترى انه يجوز تعلق اصل الكفالة بان يتولى
ما كان له على فلان فهو علي وبه فارق خيار العيب والروية لانه لا يتمكن الغرر بسببه وفي حديث
عمر رضي الله عنه انه اجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط ولعل المراد خيار الروية والعيب وانه
اجاز الرد بعد الشهرين وكما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلمون عند شروطهم فقد
قال ايضا كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ثم جواز شرط الخيار لحاجته وهذه الحاجة تندفع
بثلاثة ايام ففيما وراه لا حاجة هذا اذا اعتقه قبل مضي الشهر فان اعتقه بعد مضيه جاز وعليه

وعليه قيمته لان في البيع الجائز اذا اعتقه المشتري بعد مضي المدة بعد عتقه فكذا في البيع الفاسد بعد
القبض بعد مضي الخيار لانه ملكه بحكم عقد فاسد وان لم يكن بحضرته لانه في قبضته وهو قبض الضمان
فاشبه قبض الغصب فينوب عن القبض الذي يحتاج اليه في البيع فان قيل وجب
ان لا ينفذ عتقه لان عتقه بعد تمام البيع بشرط الخيار لم يوجد من المشتري قبض مستانف
باذن البايع والمشتري شرا فاسدا ما لم يقبض المشترا باذن البايع اما نصا او دلالة بعد تمام
البيع لا يملكه وينفذ عتقه قيل له ان لم يوجد قبض مستانف من حيث الحقيقة باذن البايع
بعد تمام البيع وجد حكما واعتبارا لان العبد مضمون على المشتري بالقيمة الا ترى انه لو هلك في
يده في الشهر يضمن القيمة والقبض الموجب لضمان القيمة ينوب عن قبض الشرا فصار كانه جدد قبضا
بعد تمام البيع باذن البايع لان البايع اذن له بقبضه مطلقا غير موقت بوقت فتابد الاذن
رجل غصب من رجل عبدا ثم ان المالك باعه من الغاصب بيعا فاسدا فاعتقه المشتري جاز
عتقه وعليه القيمة لان قبض الغاصب ناب عن قبض الشرا اذا كان جائزا فينوب اذا كان فاسدا
فصار كانه جدد القبض باذن البايع لان البايع لما باع مع علمه انما المشتري من القبض ناب عن قبض
الشرا كان راضيا بقبضه الا ترى انه لو كان جائزا فاراد البايع ان ياخذه ليحبسه بالثمن لم يكن له
ذلك ولو كان العبد عنده وديعة فاشتراه من المولى بشرا فاسد والعبد حاضر فاعتقه جاز عتقه
وعليه القيمة وان ان يكون حاضرا لم يجز عتقه الا ان يجدد قبضه او يصير بحيث يتمكن من قبضه
بامره وبغير امره لان في الوجه الاول اعتقه بعد القبض لان في الوجه الاول الشرا الجائز اذا كان
بحال لو اخذه في هذه الصورة صار قابضا باذن البايع حتى لم يكن للبايع ان ياخذه من يده ويحبسه
بالثمن على ما مر في الابواب المتقدمة فكذلك في البيع الفاسد وفي الوجه الثاني اعتقه قبل القبض لان
قبض الوديعة لا ينوب عن قبض الشرا في البيع الجائز وان كانت الحاجة الى القبض لاثبات احد الملكين
وهو ملك التصرف فلان لا ينوب هنا والحاجة لاثبات الملك كان اولى الا اذا تمكن من القبض فان
التمكن منه يجعل قبضا في البيع الجائز فكذا في الفاسد وهذا نص من محمد رحمه الله ان في البيع
الفاسد يصير المشتري قابضا بالتخلية كما يصير قابضا بالاخذ بالتراجم وذكر في بعض الروايات
انه لا يجعل قبضا لانه انما يجعل قبضا ليتمكن البايع من الخروج عن عهدة الضمان لحاجته الى ذلك وانما
تقع الحاجة الى هذا فيما هو واجب التسليم لا فيما هو واجب الاعدام والصحيح انه يجعل لان الحكم
متعلق بالتسليم وهو الملك في البيع الفاسد والخروج عن عهدة الضمان والتمكن من القبض غير
التسليم الا انه قائم مقام التسليم فمتى تحقق تبعه حكمه وفي الاجارة الفاسدة لا يجعل التمكن من القبض
قبضا بالاجماع ولان ثمة الحاجة الى حقيقة القبض لان يقدر على الانتفاع والاجارة انما تنعقد موجبة
بحكمها في محل مقدور الانتفاع وليس في وسع المواجر حقيقة الاقباض فيما هو مستحق القبض ولا فيما هو حرام
القبض في العيون لو ان رجلا غصب من رجل عبدا قيمته الف فصارت الفين ثم اشترى منه الغاصب
شرا فاسدا فان وصل الغاصب الى العبد فعليه الفان فان لم يصل اليه حتى مات فعليه الف لان الزيادة
تميزت لرد الوديعة فقبل الوصول الضمان يجب بالغصب والزيادة غير مغصوبة واما

اذا وصل فالاصل والزيادة صارت مضمونة بالعقد الفاسد والعقد تناول الزيادة كما تناول
الاصل رجل اشترى عبدا شرا فاسدا ونقده الثمن او استاجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة او اقرض
رجلا الفا وارتهن منه رهنا فاسدا يجب عليهما فسخ هذه العقود بحكم الفساد فان تفاسخا
فاراد البايع ان ياخذ العبد فللمشتري ان يمنعه منه حتى يسترد منه ما نقد وكذا الاجارة والرهن
لان العقد الفاسد يعتبر بالجائز ولو كان الشرا او الاجارة او الرهن جائزا ثم تفاسخا العقد
كان له الحبس لاسترداد ما نقد لانه عقد معاوضة فيوجب التسوية بينهما ما امكن فكذا اذا كان
فاسدا وهذا لانه انما سلم له المبيع والمستاجر بمقابلة ما اعطاه ياخذ تعلقاته فاشبه الرهن
الا ترى ان المشتري ينزل منزلة البايع بعد الفسخ ثم البايع له ان يمنع المبيع حتى يسلم له الثمن
فكذا المشتري عند الفسخ فان مات البايع او المواجر او الراهن فالذي في يده العبد احق به من
ساير الغرما ولو بيع كان اخص بثمنه منهم لانه كان مقدما فيه على البايع في حياته فكذلك على ورثته
وغرمايه بعد وفاته كما في الرهن ومعنى المسالة ان يكون الفساد بشرط فاسد واذا تقدم عليهم فان
كان استهلك البايع الثمن يباع بحقه ويقضي دينه فان فضل شي يكون للورثة او غرمايه وان
نقص شي ضرب بما بقي مع الغرما في التركة لان هذه العقود لو كانت جايزة كان الجواب كذلك فكذا
اذا كانت فاسدة والجامع بينهما ان ساير الغرما وان ساووا المشتري والمستاجر والمرتهن في تعلق الحق
بمال البايع فهم فضلوهم باليد وان كان لم يستهلك وجب عليه او على ورثته رد عين ما نقد لان الدراهم
تتعين في البيع الفاسد كذا ذكر في كتاب الصرف لانه مضمون بالقبض كالمغصوب وفي رواية اخرى لا
تتعين لانه ثمن كما في البيع الجائز فرق بين هذه المسائل وبين الحوالة فانهم قالوا في الرجل احال غريمه
بدين كان للمحيل على المحتال عليه على ان يدفع المحتال عليه ما عليه الى المحتال له وقبل المحتال عليه ثم مات
المحيل وعليه ديون كان ما على المحتال عليه بين غرما المحيل وبين المحتال له بالحصص استحسانا وهو قول
علمائنا الثلاثة والفرق وهو ان المحتال له وان كان احق بما على المحتال عليه من المحيل حال حياته
لكن لم يثبت له يد على هذا الدين ولهذا لو توي الدين على المحتال عليه كان التوى على المحيل حتى يعود
الدين الى المحيل فصار هو وساير غرمايه سوا في التعلق بهذا الدين اما في هذه المسائل ترجح ذو
اليد لاختصاصه بالمحل باليد المستحقة لاستيفا حقه على صاحبه شرعا وليس ذلك لغيره فلو مات
العبد في يد المشتري فعليه قيمته فصار قصاصا بالمثل ويرد الذي عليه الزيادة والزيادة على صاحبه
لانه حين اخذه بضمان القيمة فاذا هلك قبل التسليم بطل الرد والفسخ وعاد الامر الى ما كان قبل
الفسخ وقبله كان العين مضمونا عليه فكذا بعده وصار كالبيع الصحيح اذا تقابضا ثم تقايلا
وحبسه المشتري لاستيفا الثمن فهلك بالثمن لانه كان قبل ذلك مضمونا بالثمن فان قيل لما كان
العبد محبوسا بالثمن وجب ان يكون مضمونا بالثمن كما في البيع الجائز قيل له لانه دخل في ضمانه
بالقبض وانما قبض على ضمان القيمة فما دام القبض باقيا كان الضمان باقيا لا يتحول الى غيره
بخلاف الجائز ولا فرق فان فيهما يبقى ما كان واجبا بالقبض ثم هو وان كان محبوسا بالثمن فهذا لا
يدل على انه يكون مضمونا بالثمن لان المحبوسات انواع منها ما هو محبوس بالدين مضمون بالقيمة كا

كالرهن ومنها ما هو محبوس بالثمن مضمون كالبيع الجائز ومنها ما هو محبوس بالثمن مضمون بالقيمة
كالبيع الفاسد ومنها ما هو محبوس غير مضمون اصلا كالزيادة والولد في الرهن ومنها ما هو محبوس
بالعين مضمون بقيمة كما اذا تبايعا عبدا بجارية وتقابضا ثم تقايلا فان العبد محبوس بالثمن وهي
الجارية مضمون بقيمة مضمون نفسه دل عليه ان حكم الحبس لا يدل على حكم الضمان ولو اشترى العبد
شرا فاسدا او استاجر اجارة فاسدة او استرهنه رهنا فاسدا وقد كان الثمن او الاجرة او الدين
ثابتا على البايع والاجارة والرهن وقبض العبد بحكم البيع او الاجارة او الرهن ثم تفاسخا العقد
فللبايع ان يسترجع العبد قبل ان ينقد الدين الذي عليه وليس للمشتري والمستاجر والمرتهن حق
الحبس حتى يستوفي ما عليه من الدين لان الدين ما وجب بمقابلة هذا العين وحكما للفسخ بل كان
واجبا قبله بسبب اخر فلا يكون له حق حبسه الاستيفايه وهذا لان ثمة العبد ما وصل اليه الا ببدل المال
فلو يسترد من يده الا بوصول المال اما هنا العبد وصل اليه بغير بدل هو مال مقبول حقيقة مجازا
ان يسترد من يده بغير وصول المال اليه حقيقة ولان ثمة لو لم يكن له حق الحبس يودي الى اتوا
مال لان الثمن يصير دينا في ذمة البايع والدين بمنزلة التاوي وقد قال صلى الله عليه وسلم لا توا على
مال امرء مسلم اما هنا لا يودي الى هذا المعنى لان ما له كان تاويا في الابتدا فان قيل وجب ان لا يكون
للبايع ذلك لان العقد الفاسد يعتبر بالعقد الجائز ولو كان البيع جائزا بان باع الغريم عبدا من
صاحب الدين بالالف الذي عليه بيعا جائزا وقبضه المشتري ثم تناقضا البيع فاراد ان ياخذ العبد
من المشتري وحبسه المشتري حتى يستوفي ما له عليه كان له ذلك ومحمد رحمه الله لم يذكر الجواب
في البيع الجائز لكن ذكر بعد هذا في اخر الباب في الاجارة والجواب في الاجارة جواب في البيع قيل
له البيع اذا كان جائزا انما كان للمشتري حق الحبس بعد مناقضة البيع لان المناقضة حصلت
بعد استيفا الثمن لان البيع اذا كان جائزا صار البايع مستوفيا الثمن بحكم المقاصة بيانه ان البيع
اذا اضيف الى دراهم في الذمة تعلق العقد بمثلها دينا في الذمة فصار مثل ما على البايع من الدين مملوكا للبايع
في ذمة المشتري بنفس البيع لان البيع الجائز يفيد الملك في البدلين قبل القبض بنفسه فالتقى
الدينان قصاصا فصار الغريم البايع مستوفيا ثمن العبد من المشتري وهو رب الدين حكما للمقاصة
ولو استوفاه باليد حقيقة ثم تناقضا البيع كان للمشتري ان يحبس العبد حتى يستوفي الثمن
فكذا اذا صار مستوفيا حكما للمقاصة فاما في البيع الفاسد المقاصة ما حصلت قبل استيفا البايع
ثمن العبد فان البايع لم يستوف ثمن العبد بيده لا حقيقة ولا حكما للمقاصة بيانه ان البيع الفاسد
المضاف الى دراهم في ذمة الغريم وان تعلق بمثل ذلك الدين لكن مثل ذلك الدين لم يصر مملوكا للبايع
في ذمة المشتري بنفس البيع قبل اتصال القبض به فلم يصر البايع بنفس البيع مستوفيا ثمن العبد
بالمقاصة فلا يكون للمشتري حق الحبس بالثمن كما في البيع الجائز اذا تناقضا البيع قبل
استيفا الثمن بيده والمقاصة اقصى ما في الباب انه وجد قبض المبيع وبالقبض وجبت القيمة في
ذمة المشتري الا ان القيمة غير متقررة في ذمته لان الواجب رد العين ما دام باقيا في يده
وانما تقررت القيمة بالهلاك في يده ولم توجد ولا تقع المقاصة كما في الدين المؤجل ولان المبيع

مضمون عليه بالقيمة والقاضي في التضمين بالخيار ان شاء ضمنه بالدراهم وان شاء ضمنه بالدنانير وعلى تقدير
التضمين بالدراهم ان وقعت المقاصة فعلى تقدير التضمين بالدنانير لا يقع فلا تقع المقاصة بالدين
فان هلك العبد في يده وهذا لان في البيع الجائز لما وقعت المقاصة سلم لهما في دينه بمقابلة المبيع
ياخذ تعلقاته فصار كالمرهون في يده اما في البيع الفاسد لم يسلم له شي بمقابلة ما دفعه الى المشتري
لا حقيقة ولا حكما فلا ياخذ ما وجب في ذمته تعلقاته ليحبسه لاستيفايه اقصى ما في الباب انه مضمون
عليه لكن كونه مضمونا عليه لا يدل على كونه احق به الا ترى ان من غصبت عبدا ولم على صاحب العبد
دين فمات صاحب العبد وعليه ديون فان الغاصب لا يكون احق بالعبد من الورثة وساير الغرما
ولا من المغصوب منه في حياته وان كان مضمونا عليه لان الضمان وجب بالغصب لا بالدين
فكذلك هنا الضمان وجب بالقبض لا بسبب ذلك الدين فان قيل ان لم يوجد من البايع
قبض بدل العبد بعد البيع وجد قبل البيع قبض ما عليه من الدين فانه كان قبض من المشتري
الف درهم قبل البيع وصار المقبوض مضمونا عليه بنفسه وفي مثل هذا القبض الموجود قبل
البيع مما ينوب عن قبض الشرا الا ترى انه ذكر قبل هذا ان الغاصب اذا اشترى العبد المغصوب من
المغصوب منه وليس العبد بحضرتهما فاعتقه الغاصب بعد الشرا صح وناب القبض الموجود قبل
الشراء عن قبض الشرا فكذا هنا ومتى ناب حصل القبض بعد البيع ولو حصل وتناقضا كان المشتري
احق به وله حق الحبس قيل له وهو الفرق بين هذه المسالة وبين مسالة الغصب ان في الغصب البيع
تعلق بعين العبد وعين العبد مضمون على الغاصب بقيمته بغصبه لا بغيره فناب الغصب عن قبض
الشرا فصار كانه جدد القبض بعد البيع من حيث الحكم ما في مسالتنا البيع لم يتعلق بعين الالف
التي وجبت في ذمة البايع بقبضه وانما تعلق بمثله دينا في الذمة والبايع لم يكن قبض ما تعلق به
البيع وهو مثل الدين لا قبل البيع ولا بعده فلم يوجد القبض اصلا وان مات البايع اخذ الورثة
والغرما العبد من المشتري ويكون هو اسوة الغرما لانهم قاموا مقام البايع وهو لم يتقدم على
البايع في حياته فلا يتقدم على من قام مقامه فرق بين هذا وبينما اذا كان المشتري نقد البايع الثمن
فانه مقدم على غرمايه والفرق ان ثمة العبد في يد المشتري واليد الثابتة للمشتري على العبد يد
مستحقة لا يجوز ابطالها عليه قبل استيفا الثمن الا ترى ان البايع لو كان حيا واراد الابطال
قبل ايفايه لم يكن له ذلك اما في مسالتنا المبيع وان كان في يده لكن يده عليه غير مستحقة حتى لا
يجوز الابطال قبل استيفا ما له على البايع الا ترى ان للبايع ابطاله حال الحياة قبل ايفايه ولو كان
الرهن مدبرا او ام ولد او شيئا لا يكون رهنا كان له ان يسترجعه قبل نقد الدراهم في الوجهين
جميعا لان رهن المدبر وام الولد وما لا يكون رهنا باطل لانه لا يجوز بيعها وما لا يجوز
بيعه لا يجوز رهنه لان عقد الرهن ايفا وفي الايفا معنى البيع والمعاوضة بما لا يقبل
النقل من ملك الى ملك غير منعقد لانه ليس بمحل اليه اشار في الكتاب حيث قال
لانه ليس برهن فصار وجوده وعدمه بمنزلة بخلاف ما لو رهن النصف لان الشايع محل
الرهن لانه محل للبيع والجامع بينهما انه محل النقل فانعقد الرهن بوجود محله لكنه فسد

فسد فصار كالبيع الفاسد فيلتحق بالجائز وبه تبين ان الصحيح في الرهن الشايع انه منعقد لكنه بصفة
الفساد لا ما ذهب اليه بعض اصحابنا انه باطل وفي الزيادات لو غصب مدبرا قيمته الف فزادت
قيمته في يده وصار يساوي الفين ثم غصبه منه اخر وابق من يد الثاني وضمن المولى الاول وضمن
الاول الثاني ثم عاد المدبر من الاباق اخذه مولاه ويرد على الغاصب ما اخذ منه لزوال الموجب
وهو ازالة اليد ويرجع الثاني على الاول ايضا بما دفع اليه وليس لواحد من الغاصبين ان يحبس
المدبر عن المولى لاسترداد الضمان بخلاف ما اذا كان المغصوب قنا واخذ القيمة بقول الغاصب
ثم عاد من الاباق واختار المولى اخذ العبد حيث كان للغاصب حبسه لاسترداد الضمان والفرق
ان حق الحبس لا يثبت الا في محله ما هو محل الثبوت ملك اليد ابتدا والمدبر لا يحتمل ذلك ولهذا
لا يجوز رهنه اما القن محل الثبوت ملك اليد ولهذا يجوز رهنه ولو كانت الاجارة صحيحة في
الوجهين جميعا حتى كان له حق الحبس ثم مات الاجر فالمستاجر احق به حتى يستوفي حقه وكذلك
الجواب في البيع الصحيح والرهن الصحيح لما ذكرنا انه انما سلم له هذا المعنى بمقابلة ما اخذ
ولا يقال في الاجارة انما اخذ بمقابلة منفعة لا بمقابلة العين فينبغي ان لا يكون له حق حبس
العين لانا نقول وان كان كذلك الا انه لا يمكنه حبس المعقود عليه الا بحبس محله الا ترى ان له
حق قبضه في الابتدا لكونه محل المعقود عليه فجاز ان يكون له حق الحبس ايضا عند الفسخ لكونه
محل المعقود عليه الا ترى ان له حق حبس الابق لاستيفا الجعل وان لم يكن معقودا عليه لكن لما كان
محل المعقود عليه شرعا كان له ولاية حبسه وكذا الصناع والخياط له حق الحبس لاستيفا الاجر وان
لم يكن الثوب معقودا عليه وان مات العبد في يد المستاجر بعد المنع او قبله ولم يكن عليه ضمان
ويرجع في مال الاخر بدينه لان قبض الاجارة امانة لانه يقبض للمالك كالمودع ولهذا لو لحقه درك
يرجع على الاخر ومونة الرد على المالك الا ترى انه لو هلك قبل ان يحدث منعا هلك امانة والامانة
لا تصير مضمونة بالحبس اذا كان بحق كذلك المرهونة وحبس الصناع والخياط الثوب بالاجرة عند ابي حنيفة
رحمه الله وحبس راد الابق بالجعل بالاجماع الا ترى انه لو طلب منه الاجر حال قيام الاجارة فمنع ثم هلك يهلك
امانة بخلاف ما لو كان الاجارة بيع لان قبض المشتري المبيع قبض ضمان الا ترى انه لو هلك في
يد المشتري بعدما انتقض البيع قبل ان يحدث منعا يهلك مضمونا اما هنا هذا القبض
قبض امانة فلا يجعل مضمونا بالحبس بخلاف المستعير والمودع والغاصب اذا حبس ولد المغصوبة
لان حبس هولا بغير حق فيجعل مضمونا فرق هذا وبين مسالتين احديهما الوكيل بالشرا اذا اشترى
ونقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان قبضه امانة قبض امانة حتى لو هلك يهلك امانة ومنع
هذا بالحبس يصير مضمونا عليه وان كان الحبس بحق والثانية المودع اذا ارتهن الوديعة من المودع
وجدد القبض صارت الوديعة مضمونة عليه وقبضه قبل الارتهان قبض امانة ومع هذا
صارت الامانة مضمونة بالحبس بحق والفرق ان في مسالتنا الوكيل الامانة ما صارت
مضمونة عليه باحداث حبس هو حق وانما صارت مضمونة بسبب اخر سوى الحبس وهو انه صار
بايعا العبد من الوكيل حالة الحبس لان الوكيل بالشرا بمنزلة الرسول وجه

وبمنزلة المشتري لنفسه من وجه والبايع من الموكل فعملنا بهما فقلنا قبل احداث الحبس اعتبر رسولا وبعد احداث الحبس اعتبر بايعا من الموكل فهنا بايع حبس المبيع والبايع متى حبس المبيع كان المبيع مضمونا عليه بالبيع وكذا في مسالة الوديعة لما صارت مضمونة بسبب اخر وهو الرهن وانه بسبب الضمان اما في مسيلتنا لم يوجد سبب اخر سوى الحبس بحق وهنا لا يجعل الامانة مضمونة ولا يقال الاجارة وان كانت صحيحة لم يوجد ملك الاجرة لانها لا تملك الا بحد الاشيا الثلاثة ولم يوجد فلا يجب الاخر فلا يصير قصاصا بالدين فوجب ان لا يكون حق الحبس لانا نقول نعم ولكن وجد اشتراط التعجيل لان الاضافة الى الدين يقتضي تعجيل الاجرة فتقع المقاصة بنفس العقد بخلاف الفاسدة على ما ذكرنا انه لا تجب الاجرة الا بالاستعمال جعل محمد رحمة الله الباب في حق الحبس على درجتين ففي الصحيح له حق الحبس سوا وجب البدل بالعقد او كان واجبا قبله وفي الفاسدة ان كان مقابلا بالعقد ثبت حق الحبس وان كان واجبا قبله لا وفي حق الضمان على ثلاث درجات في البيع يهلك بالدين وفي الاجارة امانة وفي الرهن يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين والله سبحانه وتعالى اعلم

باب الاختلاف في الخيار في البيع وموت العبد قبل مضي الخيار وبعده

اصل الباب ان المتبايعين متى اختلفا في نقض البيع واجازته او موت العبد وبقايه او شي ينبني عليه النقض والالزام فالقول قول من يشهد له الظاهر لانه يتمسك بنوع دليل وهو الاستصحاب والظاهر فكان قوله اقرب الى الصدق فكان قوله اولى بالقبول والبينة بينة من يشهد له الظاهر بخلافه لانها اكثر اثباتا وهو المحتاج الى الاثبات والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على المدعا عليه وفي رواية على من انكر والنص تقتضي ان جنس البينات في جانب المدعي الا دخال الالف واللام في البينة فلا تبقى بينة في جانب المدعا عليه لان مطلق التقسيم يقتضي انتفا شركة كل واحد منهما عن قسم صاحبه كما في قوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر فيكون الحديث حجة لنا في ان بينة ذي اليد على اثبات الملك لنفسه غير مقبولة في معارضة بينة الخارج ويدل على ان جنس الايمان في جانب المدعا عليه ولا يمين في جانب المدعي فيكون دليلا لنا في انه لا يرد اليمين على المدعي عند نكول المدعا عليه ويكون حجة لنا في عدم جواز القضا بشاهد ويمين اذ لا يمين في جانب المدعي ولانه صلى الله عليه وسلم جعل الفاصل للخصومة شيين بينة في جانب المدعي ويمينا في جانب المدعا عليه والشاهد واليمين ليست بينة المدعي ولا بينة المدعا عليه فيكون اثبات طريق ثالث وهو يخالف لهذا الحديث ومعرفة المدعي من المدعا عليه ذكر في الاصل انه ينظر الى المنكر منهما فهو المدعا عليه والاخر المدعي وهذا كلام صحيح فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل المدعا عليه المنكر بقوله واليمين على من انكر لكن تمام بيان الحد لا يحصل بهذا فقد يكون مدعيا صورة واليمين في جانبه كالمودع يدعي رد الوديعة او هلاكها وذو اليد اذا قال العين لي فهو مدع صورة ولا يخرج من ان يكون مدعى عليه ولكن الفرق على ما قاله بعض اصحابنا ان المدعي من يستعدي على الغير بقوله واذا ترك الخصومة يترك والمدعا عليه من يستعدى عليه بقول الغير واذا ترك الخصومة لا يترك وقيل المدعي من يشتمل كلامه على اثبات ولا يصير خصما بالتكلم بالنفي

بالنفي فان الخارج لو قال الذي اليد هذا الشي ليس لك لا يكون خصما مدعا ما لم يقل هو لي والمدعا عليه من اشتمل كلامه على النفي فيكتفي به منه فان ذا اليد اذا قال ليس هذا لك صار خصما بهذا القدر وقوله هو لي فضل في الكلام غير محتاج اليه وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعا عليه من يكون مستحقا بغير حجة كذا اليد فانه لو قال هو لي كان مستحقا له ما لم يثبت الغير استحقاقه اما المودع اذا ادعى رد الوديعة او هلاكها فهو مقبول القول لان الخصم سلطه على ذلك فيثبت بمجرد قوله فكان مدعى عليه اولانه منكر الضمان في الحقيقة في ذمته فكان يدعي عليه فعلى الوجه الثاني يحلف لانكاره الضمان الا ترى ان الرد لا يثبت بقوله ويمينه حتى لو ادعى الرد على الوصي لا يكون الوصي ضامنا وقيل المدعي من يدعي باطنا ليزيل ظاهرا والمدعى عليه من يدعي ظاهرا و حرفا خراه خيار البايع يمنع زوال المبيع عن ملكه فيكون المبيع مضمونا على المشتري بالقيمة الا اذا تم البيع بمضي المدة او اسقاط الخيار فيصير مضمونا بالثمن وقال ابن ابي ليلي لا تجب القيمة وهو امين فيه لانه قبض باذن صاحبه ووجوب ضمان القيمة باعتبار تفويت شي على المالك ولم يوجد هنا ولكنا نقول البايع ما رضي بقبضه الا بجهة العقد المقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم البيع وهذا لان الضمان الاصلي الثابت بالعقد هو القيمة وانما تحول الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد ذلك حين شرط الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري لانه لما اشرف على الهلاك سقط خياره لعجزه عن الرد كما قبضه فتم البيع وهو قائم فيلزمه الثمن المسمى وهنا وان اشرف على الهلاك لخيار البايع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز فكان مضمونا عليه بالقيمة لهذا اذا عرفنا هذا قال محمد رحمة الله رجل باع من رجل عبدا بالف درهم على انه بالخيار ثلاثة ايام وقبضت للمشتري العبد ومضت الايام الثلاثة ثم اختلفا فقال احدهما مات العبد في الثلاث وانتقض البيع ووجبت القيمة وقال الاخر لم يمت ولكنه ابق وهو حي ولزم البيع ووجب الثمن ولا يدري حاله ولم يقم لهما بينة فالقول قول من يدعي الاباق وحياة العبد لان الظاهر يشهد له لانه يدعي حياة العبد بعد الثلاثة وقد عرفنا حياته من قبل فمن ادعى ذلك فقد تمسك بما عرف ثبوته من قبل فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله فان قيل كما ان الظاهر شاهد المدعي الاباق من هذا الوجه فهو شاهد لمدعي الموت من وجه اخر فانه يدعي ضمان القيمة وقد عرف وجوبها من قبل فان بنفس القبض صار مضمونا على المشتري بالقيمة فمن ادعى القيمة كان متمسكا بما عرف ثبوته من قبل فكان الظاهر شاهدا له والاخر يدعي النقل من ضمان القيمة الى ضمان الثمن ولم يشهد له الظاهر قيل له القيمة غير واجبة على الاستقرار انما تصير واجبة عند الهلاك الا ترى انه يشبه الغصب وفي الغصب على التحقيق انما تجب القيمة عند الهلاك فلم يكن متمسكا بما عرف ثبوته بخلاف الحياة على انه ان كان هذا متمسكا بالاصل من هذا الوجه فالذي يدعي الحياة يدعي ما هو اصل من وجوه لانه يدعي الحياة وهو اصل ويدعي بقا العقد وابرامه بعدما ظهر سببه وهو مضي الثلاث ويدعي براءة ذمته عن ضمان القيمة وهو اصل فكان قوله اقرب الى الصدق وان هما اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه

بالحجة ولو اقاما البينة فالبينة بينة مدعي الحيوة ايضا هكذا ذكر محمد لان كونه مضمونا بالقيمة
كان ظاهرا فالذي ادعى الحياة ادعى تحويل العين من ضمان القيمة الى ضمان الثمن فقد ادعى باطنا
ليزيل به ظاهرا فكانت البينة اولى لانه مدعي طعن عيسى بن ابان رحمه الله وقال يجب ان تكون
البينة بينة من يدعي النقض لان مدعي الحياة تثبت بينته ما هو ثابت بظاهر الحال ولهذا
جعلنا القول قوله ومدعي النقض يثبت ببينته ما هو غير ثابت بظاهر الحال وهذا لانه هو المدعي
حقيقة لانه يحتاج الى اثبات امر بخلاف الظاهر وصار كالخارج مع ذي اليد كانت البينة بينة
صاحبه دل عليه ما ذكرنا بعد هذا انهما لو تصادقا على حياة العبد او عرف قيامه بعد مضي ثلاثة
ايام واختلفا في الاجارة والنقض في الايام الثلاثة فان القول قول مدعي الجواز والبينة
بينة مدعي النقض ولا فرق بينهما وكان الفقيه ابو علي القمي رحمه الله يقول هذا الطعن جرح
لا دواء له يريد به لا جواب له والجواب انما تجعل البينة بينة المدعي في موضع لا ينعدم الظاهر
بينة المدعي كما في الخارج مع ذي اليد فان الظاهر وهو اليد لا تنعدم ببينة الخارج لانه اذا لم يندفع
الظاهر ببينة الخارج وذلك الظاهر لا يدفع بينة الخارج وان كان القاضي يعلمهما فكذلك لا
يدفعها من يعتمد ذلك الظاهر وهنا ينعدم الظاهر الذي كان للمدعي القيام ببينة الذي يدعي الموت
فوجب الترجيح من وجه اخر وهو كثرة الاثبات لان البينات حجج الاثبات والاثبات في بينة مدعي
الحياة اكثر لما نذكر فكان القضاء بها اولى وما ذكر من المسالة فلا فرق بينهما الا ان ما ذكر هنا جواب
الاستحسان في المسئلتين جميعا وما ذكر بعد هذا جواب في مسالتين وجه القياس في المسالتين ما قاله
عيسى ووجه الاستحسان وهو ان بينة الجواز في المسالتين اكثر اثباتا لانها تثبت ضمانا حادثا
وهو الثمن وملكا حادثا للمشتري وانبرام العقد ولزومه وبطلان ضمان القيمة ومدعي النقض
يدعي ضمانا كان ثابتا وهو القيمة بظاهر الحال فكانت بينته اولى بالقبول فان قيل بينة مدعي النقض
تثبت انفساخ العقد وتثبت موت العبد وانهما امران حادثان قيل له نعم لكن غرضه من اثبات
هذا الحادث ضمان القيمة لا عين الانفساخ والموت وضمان القيمة عرف ثبوته فمدعي القبض باعتبار
ما هو المقصود يثبت ما هو ثابت بظاهر الحال ومدعي الجواز يثبت ما هو غير ثابت فكانت بينته
اكثر اثباتا من حيث المقصود فكان اولى بالقبول ويجوز ان يكون القول قول انسان لمعنى والبينة
بينته لمعنى اخر كالمودع اذا ادعى رد الوديعة وانكر صاحبه كان القول قوله لانه منكر للضمان ولو اقاما
البينة فالبينة بينته ايضا لان بينته قامت على الاثبات وبينة الاخر على النفي كذلك
هنا هذا اذا اختلفا في الموت فلو تصادقا ان العبد مات واختلفا في وقت الموت فقال احدهما مات في
الثلاث وانتقض البيع وقال الاخر مات بعد الثلث وانبرم فالقول قول الذي يدعي الموت في الثلاث لان الظاهر
شاهد له لانه ادعى النقض وقد ثبت سببه بتصادقهما وهو موت العبد فان موت العبد اذا كان الخيار
للبايع سبب لنقض البيع الا ان يعلم انه مات بعد الثلاث ولم يعلم فكان الظاهر شاهدا له
ولان الحال يدل على ما مضى وكذا يدعي ضمان القيمة وقد عرف ثبوته وكذا يدعي هلاكه على ملك نفسه
وقد عرف كونه ملكا للبايع فكان الظاهر شاهدا له ولان الشك وقع في انبرام العقد فانه لو مضت

الثلاثة والعبد حي ينبرم ولو كان ميتا لا ينبرم والاصل عدم الانبرام فلا يثبت بالشك
فان قيل ان كان الظاهر شاهدا له من هذا الوجه وهو شاهد لمدعي الجواز من وجه اخر فانه يدعي
حياته الى ما بعد الثلاث وقد عرف حياته من قبل وكذلك يدعي حدوث الموت لاقرب الاوقات وهو
الاصل في الحوادث قيل له نعم يقابل الظاهران لكن مدعي النقض بما شهد له الظاهر يدعي ابقاء ما كان
ثابتا من ضمان القيمة والاخر يدعي ثبوت ما لم يكن ثابتا من حدوث ملك المشتري وحدوث
ضمان الثمن والظاهر يصلح للابقاء اما لا يصلح للاثبات فان اقاما البينة فالبينة بينة مدعي الموت
بعد الثلاث لانها قامت في محلها لانها قامت مثبتة لانها تثبت ما ليس بثابت وهو ملك المشتري
وتقريره والانتقال من ضمان القيمة الى ضمان الثمن والظاهر يشهد بخلافه ولهذا جعلنا القول قول
صاحبه ومن الناس من قال ينبغي ان تكون البينة بينة الموت في الثلاث لانه يدعي اسبق الموتين و
اذا مات مرة لا يموت ثانيا او تترجح بينة بالسبق كما لو اقام احدهما البينة على البيع والاخر على الهبة
والقبض ان البيع اولى لانه اكثر اثباتا ولو ارخا وتاريخ صاحب الهبة اسبق يقضى له وتترجح بالسبق
الا ان الاصح ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف بينهما وقع في اثبات الثمن لا في اثبات الموت هذا اذا
اختلفا في وقت الموت ولو تصادقا على موته ووقت موته بان تصادقا على موته بعد الثلاث فقال
ان البايع نقض البيع في الثلاث وقال الاخر اجازه بالثلاث فالقول قول من يدعي الجواز لان الظاهر
شاهد له لانه يدعي انبرام البيع بعد ظهور سببه وهو مضي الثلاثة حال حياة العبد لانه سبب لزوم
العقد ما لم يثبت النقض فان اقاما البينة فالبينة بينة مدعي النقض ايهما كان وهذا جواب القياس
اما على جواب الاستحسان البينة بينة مدعي الجواز كما في مسالة اول الباب وهو المسالة التي استشهد
بها صاحب الطعن هذا اذا تصادقا على موت العبد بعد الثلاث ولو تصادقا انه مات في الثلاث
واختلفا فقال احدهما ان البايع نقض البيع في الثلاث قبل موته وقال الاخر اجاز فالقول قول مدعي
النقض لان الظاهر شاهد له لانه يدعي الانتقاض بعد ظهور سبب الانتقاض وهو موت العبد
في الثلاث لانه سبب الانتقاض الا ان تثبت الاجازة قبله ولم تثبت ويدعي بقاء ضمان القيمة وان
اقاما البينة فالبينة بينة مدعي الاجازة لان بينته تثبت ما هو غير ثابت بظاهر الحال وهو
الجواز والاخر يثبت ما هو ثابت بظاهر الحال وهو النقض هذا اذا تصادقا على الموت
ووقت الموت اما اذا تصادقا على الموت واختلفا في وقته وشيء اخر بان ادعى احدهما ان الثلاثة
مضت والعبد حي ثم مات وان البايع اجاز البيع في الثلاثة وادعى الاخر انه مات في
الثلاثة وان البايع نقض البيع قبل موته بحضرة المشتري فالقول قول مدعي النقض
لان الظاهر شاهد له وعلى المشتري القيمة لانه ادعى النقض بعد ظهور سببه وهو
موت العبد الا اذا وجدت الاجازة في الثلاث ولم توجد وان اقاما البينة فالبينة بينة
مدعي الاجازة لانها تثبت ما ليس بثابت بظاهر الحال وهو الجواز وهو المحتاج الى الاثبات
فكانت بينته اكثر اثباتا هذا اذا تصادقا على الموت واختلفا في وقته وشيء اخر ولو كان
على العكس بان ادعى احدهما ان الثلاثة مضت والعبد حي ثم مات وان البايع نقض البيع

في الثلاث بمحضر من المشتري وادعى الاخر انه مات في الثلاث وان البايع اجاز قبل موته فالقول
قول مدعي النقض لان الظاهر شاهد له لوجهين احدهما انه ادعى النقض بعد ظهور سببه
وهو موت العبد لما ذكرنا الان هذا غير سديد فان موت العبد في الثلاث سبب النقض وقد
اقر مدعي النقض ان العبد حي بعد الثلاث بخلاف المسالة الاولى لان ثمة مدعي النقض
لم يقر بحياة العبد بعد الثلاث والوجه الثاني وهو سديد انهما استويا في شهادة الظاهر لكل واحد
منهما وهو النقض والاجازة لكن ادعى ضمان القيمة والظاهر شاهد له والاخر يدعي ضمان المبيع والظاهر
لا يشهد له وان الموت صار مجمعا عليه الا انهما اختلفا في وقته فصار دليل الابرام وهو مضي الثلاث
على حياة العبد مشكلا فلا يثبت الابرام بالشك ولو اقاما البينة فالبينة بينة مدعي الاجازة
لانها تثبت ما ليس بثابت بظاهر الحال فهو المثبت لامر باطن ليبطل امر ظاهر هذا كان الخيار للبايع
فان كان الخيار لهما وقبض المشتري العبد واجتمعا على موته لكن اختلفا في وقته وفي شي اخر فادعى
احدهما انه مات في الثلاثة وانهما اجازا البيع قبل موته وادعى الاخر انه مات بعد الثلاث وانهما نقضا
البيع في الثلاث بمحضر منهما فالقول قول المدعي النقض لان الظاهر شاهد له لما قلنا فيما اذا كان
الخيار لاحدهما ولانه يدعي فعلا وهو الاجازة مع بقيه فصار كما لو ادعى البيع او غيره من العقود ولو باع
عبدا على ان البايع او المشتري بالخيار ثلثة ايام وقبض المشتري العبد ومضت الثلاثة والعبد قايم في يد
المشتري واختلفا في النقض والاجازة في الثلاثة الايام فالقول قول مدعي الجواز لقيام دليل الجواز
وهو حياة العبد بعد الثلاثة فلانه سبب لابرام البيع الا اذا وجد النقض في الثلاث ولم يوجد
ولو اقاما البينة فالبينة بينة مدعي النقض لانه لا يثبت ما هو غير ثابت هذا اذا اختلفا في الايام
الثلاثة فالقول قول من له الخيار لانه يخبر عن امر يملك انشاه ولو اقاما البينة فالبينة بينة الذي
لا خيار له لانه يثبت ما ليس في يده وهو النقض والاجازة والاخر يثبت ما هو في يده فكان الاول
بمنزلة الخارج مع ذي اليد ولانه المحتاج الى اقامة البينة دون الثاني هذا اذا كان الخيار لاحدهما
ولو كان الخيار لهما وقبض المشتري العبد ومضت الايام الثلاثة واقام احدهما البينة بعد الثلاثة على
النقض فيهما واقام الاخر البينة على الاجازة منهما فالبينة بينة مدعي النقض لانه يثبت ما ليس بثابت
بظاهر الحال لان حياة العبد بعد الثلاث سبب الجواز الا اذا ثبت النقض قبله ولم يثبت الا ترى انه لو لم
يقم لهما بينة كان القول قول مدعي الجواز لان الظاهر شاهد له لانه يدعي الجواز بعد ظهور سببه وهو مضي
الايام الثلاثة مع حياة العبد ولو اختلفا في هذا الوجه في الايام الثلاثة فالبينة بينة مدعي الاجازة
لانه يثبت ما ليس في يده لان الخيار متى كان مشروطا لهما فاحدهما لا ينفرد بالاجازة حتى كان للاخر ان
ينقض اجازته لانه بالاجازة انه سقط خياره بقي خيار الاخر ولو نقض احدهما بمحضر الاخر لا يبقى للاخر حق
الاجازة لان المنقوض لا يجاز فكانت الاجازة في يدهما والنقض في يد احدهما فبينة مدعي النقض تثبت
ما هو في يده وبينة الاخر تثبت ما ليس في يده فكانت بينته اولى بالقبول الا ترى انهما لو لم يقيما البينة
كان القول قول مدعي النقض لانه اخبر عن امر يملك انشاه وينفرد به قال في الكتاب وجميع
هذه المسايل اذا لم يعلم اي الامرين كان قبل فهو على ما وصفنا اما اذا علم الاول اخذ به لانه اذا لم يعلم اي

اي الامرين كان قبل يجب اعتبار الدعوى والانكار اما اذا علم وجب القضا بالاول ويبطل الاخر لان الاجازة
متى تقدمت وكان الخيار لاحدهما لا يصح نقضه بعد ذلك واذا تقدم النقض لم تصح اجازته بعد ذلك
فيجب القضا بالاول رجل باع من رجل عبدا بالف درهم على انه بالخيار ثلاثة ايام ثم زادت قيمته فصارت
الفين ثم مضت الايام الثلاثة فاقام البايع البينة بعد الايام الثلاثة ان المشتري قتله خطا في
الايام الثلاثة بعد ما صارت قيمته الفين واقام المشتري البينة ان البايع قتله بعد مضي
الثلاثة فالبينة بينة البايع وكان على عاقلة المشتري قيمة العبد في ثلث سنين وليس
له ان يضمن المشتري قيمته لان البايع مع المشتري استويا في اقامة البينة في محلها لان
كل واحد منهما يثبت ضمانا حادثا وهو ضمان القتل على عاقلة القاتل فترجح بينة البايع بالسبق
لانه يثبت القتل في زمان لا ينازعه صاحبه في ذلك ومتى ثبت القتل في الايام الثلاثة لا يتصور قتله
بعد ذلك الا ترى انه لو ادعى اثنان شراء عين من ثالث او ادعيا نكاح امرة واقاما البينة وارخا كان
السابق اولى وان كان الشرا والنكاح مما يتكرر في عين واحدة على الترادف فكان هذا اولى لانه لا يقبل
التكرر فرق بين هذا وبين ما لو ادعى انه مات العبد في يد المشتري في الايام الثلاثة وادعى المشتري
انه مات بعد الايام الثلاثة واقاما البينة كانت البينة بينة المشتري ولم تترجح بينة
البايع بالسبق والفرق ان الترجح بالسبق انما يكون بعد الاستوا في الاقامة في محلها وفي الموت ما استويا
في الاقامة في محلها لان البينة المشتري قامت في محلها لانها مثبتة فانها تثبت ضمانا
حادثا وهو الثمن على ما ذكرنا وبينة البايع في غير محلها لانها غير مثبتة لانها تثبت
ضمانا كان ثابتا وهو القيمة اما في القتل استويا في الاقامة في محلها فرجحنا بينة البايع
بالسبق فلو اراد البايع ان يضمن المشتري قيمة العبد باعتبار القبض من الابتدا ليس له ذلك
لانه متى اراد ذلك صار معرضا عن دعوى القتل فيكون مدعيا الموت وموجبه وقد ذكرنا ان في
دعوى الموت بينة المشتري اولى وكان ينبغي ان يكون له ذلك لانا قبلنا بينة البايع على
قتل المشتري في الثلاث والثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا القتل من المشتري في الثلاث
كان للبايع ان يختار تضمين المشتري قيمته يوم القتل لكنا نقول لو اختار تضمين المشتري
في الابتدا يودي الى ابطاله في الانتها وليس له ان يختار شيا يودي الى ابطاله للتناقض وعدم
الفائدة بيانه انا انما قبلنا بينة البايع باعتبار انه يدعي ضمانا حادثا ومتى اختار المشتري تبين انه ما
قصد بالدعوى اثبات ضمان القتل انما قصد استيفا الضمان الواجب على المشتري بالقبض وهو باعتبار
هذا الضمان يكون مستقبلا ما كان ثابتا لا مثبتا امرا حادثا وعلى هذا التقدير تكون بينة المشتري
اكثر اثباتا فتبطل بينة البايع ومتى بطلت بينته بطل حق التضمين بنا عليه ولانه متى ضمنه بسبب
القبض ملك المشتري العبد من وقت القبض فكانت جنايته واردة على ملكه فلا تصح دعوى البايع
الجناية عليه فصار معرضا عن دعوى القتل بقي دعوى مجرد الموت وكذلك لو اقام البايع
البينة انه جلده قتله في الثلاث واقام المشتري البينة ان ذلك الاجنبي او غيره قتله بعد الثلاث فبينة
البايع اولى لان كل بينة تثبت لصاحبها ضمانا حادثا فاستويا في الاثبات وترجح بينة

البايع بالسبق فكان له ان يضمن عاقلة الذى ادعى القتل عليه قيمته فى ثلث سنين ولو اقام
المشترى بينة ان البايع قتله فى الثلاث واقام البايع البينة ان المشترى قتله بعد الثلاث فالبينة
بينة البايع وعلى المشترى الثمن للبايع ولا تترجح بينة المشترى بالسبق بخلاف المسالة الاولى
والفرق وهو ان الترجح بالسبق انما يكون بعد الاستوى فى الاثبات والاقامة فى محلها ولم توجد
الان بينة البايع قامت فى محلها لانها مثبتة لانها تثبت ضمانا حادثا وهو ضمان الثمن وبينة
المشترى قامت فى غير محلها لانها لا تثبت شيا لان البايع اذا قتل العبد فى الثلاث والخيار له بطل
البيع وصار قاتلا ملك نفسه ومتى قتل عبد نفسه لا يجب لاحد ضمان لا عليه ولا على عاقلته فان قيل اثبت
شيا لم يكن وهو براة نفسه عن ضمان القيمة الواجبة بالقبض قيل له البراة انما حصلت هنا باقرار البايع
ودعواه ان المشترى قتل العبد بعد الايام الثلاثة لان المشترى متى قتل العبد بعد الايام الثلاث برى
عن ضمان القيمة بسبب القبض لان بقا العبد الى ما بعد الثلاث سبب لانبرام البيع ولزوم
الثمن والبراة عن ضمان القيمة فبقيت ان بينة المشترى لا تثبت حقا وبينة البايع تثبت فكانت
اولى ولو اقام البايع بينة ان اجنبيا قتله بعد الثلاث واقام المشترى البينة ان ذلك الاجنبى
او غيره قتله فى الثلاث فالبينة بينة البايع وعلى المشترى الثمن ولا شى على القاتل للبايع ولم تترجح
بينة المشترى بالسبق لانهما لم يستويا فى الاقامة فى محلها لان بينة المشترى لم تثبت حقا
على القاتل لان قتل الاجنبى فى الثلاثة ايام لو كان معروفا ظاهرا كان الخيار بين تضمين
عاقلة القاتل ضمان الجناية وبين تضمين المشترى ضمان القيمة بالقبض للبايع لا للمشترى
فهو لم يثبت حقا لنفسه وانما اثبته للبايع والبايع كذبه فى ذلك فبطلت بينته وبينة
البايع تثبت للبايع ضمان الثمن فما استويا فى الاقامة فى محلها لتترجح بينة المشترى بالسبق
وسياتى تمام هذا فى باب اختلاف البايع والمشترى فى هلاك ما اشترى وهذا لان غرض البايع ليس اثبات موجب
القتل لان موجبه لغيره وهو المشترى ودعوى الانسان الحق لغيره امر يكون باطلا بل غرضه انبرام العقد
ولزومه وتحول الضمان من القيمة الى الثمن ولزوم الثمن على المشترى فكانت بينته من هذا الوجه
اكثر اثباتا فكان القضا بها اولى وليس للبايع ولا للمشترى على الاجنبى سبيل اما البايع فظاهر
لانه تبين ان الجناية وردت على ملك المشترى ولانه يزعم ان الضمان للمشترى وهو مكذبه وكذلك المشترى
لانه ابراه عن الضمان حيث ادعى ان القتل منه وقع على ملك البايع وان الضمان له وهو كذبه فبعد ذلك يدعى
الضمان لنفسه يكون مناقضا رجل باع من رجل عبدا بالف درهم على انه بالخيار ثلاثة ايام وقبضه
المشترى فاقام البايع بينة ان هذا الاجنبى غصبه من المشترى فى الثلاث وقيمته الفان ومات
عنده فى الايام الثلاثة واقام المشترى البينة انه غصبه فى الايام الثلاثة وقيمته الفان ومات
عنده بعد الايام الثلاثة فالبينة بينة المشترى لانها اكثر اثباتا لان الغصب فى الايام
الثلاثة لا ينتقض البيع وانما ينقض الموت فصار دعوى البايع ان العبد مات عند الغاصب فى ثلثة ايام كدعواه
انه مات عند المشترى فى الايام الثلاثة ولو ادعى البايع ذلك وادعى المشترى انه مات فى يد الغاصب بعد
الايام الثلاثة واقاما البينة كانت البينة بينة المشترى لما ذكرنا انه يدعى ضمانا حادثا وسقوط الضمان

الضمان الاول وانبرام البيع والبايع يدعى بقا الضمان الاول فان قيل البايع يدعى ضمانا حادثا
ايضا وهو ايجاب الضمان لنفسه على الغاصب قيل له الضمان لا يكون حادثا بل يكون الضامن
حادثا وانما يقصد بالدعوى اثبات الضمان لا اثبات الضمان مع ولانهما استويا فى ضمان الغاصب
والزيادة فى بينة المشترى لما ذكرنا ولو كان البايع اقام البينة انه مات فى يد الغاصب بعد الثلاثة
واقام المشترى بينة انه مات فى الثلاثة فالبينة بينة البايع وعلى المشترى الثمن وله على الغاصب القيمة
والقول قول مدعى الموت والقتل فى الايام الثلاثة فى جميع هذه المسائل اما البينة بينة البايع
لانه يثبت ضمانا حادثا وهو الثمن وغرضه ليس دعوى الضمان على الغاصب بل غرضه اثبات الجواز فى
البيع والانتقال من ضمان القيمة الى ضمان الثمن فكانت بينته اكثر اثباتا فكانت اولى وصار الثابت
بالبينة كالثابت معاينة فيجب الثمن على المشترى وللمشترى على الغاصب الذى شهدت شهوده
عليه بالغصب القيمة سوا كان الغاصب واحدا او اثنين فيرجع عليه بقيمته يوم غصبه منه لان القاضى
لما قضى بالعبد للمشترى والثمن عليه ظهر ان الغاصب انما غصب ملك المشترى بخلاف دعوى القتل حيث
لا يرجع احدهما على القاتل او على عاقلته لان القتل يضاد البيع فلا يتقرر ملك المشترى فيه فتبين ان
القتل ورد ملكه وابراه المشترى عن ضمانه حيث اقر بذلك للبايع وهنا بالغصب لا يبطل البيع واذا لم
يبطل البيع لم يصر مقرا بالقيمة للبايع حتى يكون ذلك ابرا للغاصب فان قيل المشترى اثبت الغصب
مع الموت فى الثلاث وذلك سبب لنقض البيع كالقتل فهلا صار ابرا قلنا الموت فى يد الغاصب
وفى المشترى واحد فى نقض البيع وحاصل الاختلاف وقع فى جواز العقد ونقضه لان الضمان
وجب بالغصب لا بالموت فان قيل فى القتل لما غرم الثمن فقد تم البيع فلماذا لا يثبت له
حق الرجوع على القاتل كالغاصب اذا قتل العبد فى يده وغرم قيمته رجع على القاتل قلنا
هناك للبايع حق الضمان على القاتل ويجب التضمين بملك الغاصب وهنا البايع لا يدعى الضمان
لانه يدعى جواز البيع فكذلك من يقوم مقامه ليس حق ولان القتل مما لا يتكرر فكان دعواه
القتل بعد الايام الثلاثة بعد ما ادعاه قبل ذلك تناقض فلا تسمع اما فى دعوى الموت فى يد
الغاصب بعد الثلاثة بعد ادعايه الغصب قبل ذلك ليس بمناقض لانه قد يغصب فى مدة ثم يموت
بعد ذلك ولا يقال فى دعوى الموت قبل ذلك تناقض لانا نقول المدعى ليس هو الموت لان نفس
الموت ووقته لا يتعلق به حكم ولا يدخل تحت القضا بخلاف القتل الا ترى انه لو ادعى ان اباه
مات يوم كذا وقضى له بالميراث ثم ادعت امراة النكاح بيوم بعده يقبل ويوم النكاح والقتل
يدخل تحت القضا حتى لو ادعى على رجل انه قتل اباه فى يوم كذا وقضى له بالدية او القود
ثم ادعت امراة انه تزوجها بيوم بعده لا تقبل بينتها لان قتله فى ذلك اليوم صار محكوما به
ولا يجوز نقض الحكم كما لو شهدوا انه تزوج هذه المراه يوم النحر بمكة وقضى به ثم شهد اخران
انه طلق فى ذلك اليوم بكوفة او تزوج امراة اخرى لم تقبل واذا لم يكن الموت مقضيا به ولا
متعلق بحكم بقى المدعا الغصب والغصب فى زمان لا ينفى وجوده فى زمان اخر فقضى ما
فى الباب انه يزعم ان الغصب وقع على البايع لكن تبين بلزوم البيع وتعاده انه واقع عليه

فان قبل المشتري لما ادعى موت العبد في يد الغاصب في الثلاثة الايام فقد اقران العبد ليس
بملك له فكيف يرجع على الغاصب قيل له نعم زعم كذلك لكن القاضي لما قضى عليه بالثمن فقد
قضى بكون العبد ملكا له فصار هو مكذبا فيما اقر ثم يضمن الغاصب الذي شهد شهوده عليه
لان الغصب لم يثبت ببينة البايع على الذي شهد به شهود البايع لان البايع لا يثبت لنفسه
حقا لانه يدعي ضمان الثمن على المشتري وضمان الثمن يجب على المشتري متى مات العبد في يده بعد
ثلاثة ايام وان لم يقبض احد فلم يكن البايع محتاجا الى اثبات الغصب فلم يثبت واما القول قول
المدعي للموت والقتل في الثلاث لان الظاهر يشهد له لانه يدعي بقا ضمان كان وهو ضمان القيمة على ما
ذكرنا غير مرة باب بيع المكيل يزيد او ينقص قبل ان يكال اصل الباب ان البيع يوجب الاستحقاق
فيما شرط في البيع لا فيما لم يشترط اذا كان المشروط جاريا مجرى الاصول دون الوصف والتبع لان ما
يسلك مسلك الاصول انما يستحقه المشتري بالشرط فلا يتجاوز استحقاقه المشروط والكيل في
المكيلات يسلك مسلك الاصل حتى لو اشترى حنطة بعينها على انه كر فوجده ازيد لا يسلم له
الزيادة ولو انتقص يرجع بحصته لانه اصل بنفسه لانه عبارة عن كثرة الحبات وكل حبة قائمة
بنفسها وبعض الاعيان لا تكون تبعا للبعض بخلاف الاوصاف والمعنى ما ذكرنا في الابواب المقدمة
ان القدر فيما يضره التبعيض جار مجرى الوصف وفيما لا يضره جار مجرى الاصل وحرف اخر ان البيع
متى وقع على حنطة بعينها بشرط الكيل بان قال بعتك هذه الحنطة على انه كر فالعبرة في الزيادة
والنقصان بحالة الكيل لا بحالة القبض ويتعين المبيع الكيل ولا يحتاج الى فعل اخر ومتى
وقع على حنطة بغير عينها بشرط الكيل بان قال قفيزا من هذه الصبرة كانت العبرة في الزيادة
والنقصان بحالة القبض فلا يتعين المبيع بنفس الكيل ما لم يقبض لان في الوجه الاول المعقود
عليه العين والقدر والعين ان يعين بالاشارة فالقدر لم يتعين لجواز الزيادة والنقصان
وهنا لان الملك في المعين منه لا يثبت الا بالتعيين لان وجود المعين بالتعيين وملك الشي
لا يسبق وجوده الا ترى انه بمنزلة الدين من حيث انه لا تمكن الاشارة اليه بعينه والملك في الدين
انما يثبت في العين بعد التعيين وكذا في المقدر لا يثبت الا بالتقدير لانه لا وجود له قبل التقدير
ضرب تعين لان الحنطة التي شرط ان يكون قفيزا يحتمل ان يكون اكثر فكان المبيع قفيزا منهما
فالمبيع منهما لا يتعين الا بالتقدير واذا ثبت ان الملك في المعين منهما لا يثبت الا بالتعيين وفي المقدر منها الا يثبت
الا بالتقدير صار له شبها بابتدا العقد فيما يرجع الى افادة الملك في العين فكل معنى يمنع صحة التمليك يمنع صحة
التعيين والتقدير واذا كان التعيين بحضرة المشتري حتى صح الكيل والتعيين وحصل للمشتري شرطا
لان تعين المعقود عليه من كل وجه فسقط اعتبار الكيل بعد ذلك وبقيت العبرة للتسليم فصار كانه باع
هذه الحنطة بمجازفة ولو باع مجازفة وازدادت كانت الزيادة للمشتري ولو انتقص يخير المشتري بمنزلة
حدوث العيب في المبيع في ضمان البايع بخلاف الزيادة والنقصان قبل التعيين فان ذلك على البايع وفي
النقصان ان يخير المشتري ان شا ترك وان شاء اخذ بحصته من الثمن وفي الوجه الثاني تعين
القدر بالكيل لم يتعين العين الا ترى ان البايع بعد ما كان لو اراد ان يعطيه غيره من ذلك الكر

الكر كان له ذلك فما ملك المشتري بالبيع غير عين فانما يتعين فمتى نفذ البيع على تسليم
المبيع على الوصف المشروط لا يخير المشتري لعدم الموجب للخيار ومتى عجز يخير لعدم
رضاه اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل قال لاخر ابيعك هذه الحنطة على قفيز بدرهم فاشتراه على
هذا فلم يقبضها ولم يا كل عليه حتى اصابها ما فابتلت فازدادت ربعا وتصادقا فان الزيادة من الماء
فالمشتري بالخيار ان شا اخذ قفيزا منه بدرهم وان شا ترك اما يخير المشتري فلان المبيع تعيب في
ضمان البايع لان هذا يوجب نقصانا في مالية الحنطة فان تركه ان قطع الشغل وان اختار لا ياخذ
الا قفيزا الا ان المشروط للمشتري قفيز واحد والمشروط مما يسلك به مسلك الاصول فلا يتجاوز
المشروط الا ترى انه لو يصبه الماء لا ياخذ الا قفيزا وهذا لان المبيع يعرف بالكيل لان الداخل
تحت العقد ما هو الداخل تحت الكيل فقبل الكيل لم يعرف المعقود عليه ولا يصير ممتازا عن غيره
فلم تكن الزيادة حاصلة على ملك المشتري فرق بين هذا وبينما اذا قال ابيعك هذه الحنطة بدرهم وقبل
ثم اصابها ما فازدادت واختار المشتري اخذها فانه ياخذ مع الزيادة والفرق وهو ان المشروط
هنا المشار اليه من غير اعتبار الكيل والمشار اليه موجود فكان المعقود عليه مملوكا له من كل وجه
فكانت الزيادة حاصلة على ملك المشتري فكانت له كالولد والثمر وغيرهما اما المشروط في
مسالتنا العين والقدر والعين ان تعين بالاشارة فالقدر لم يتعين فمن حيث انه تعين كانت
الزيادة له لانها حدثت على ملكه ومن حيث انها لم تتعين لا لانها لم تحدث على ملكه فلا يكون
له بالاحتمال ولهذا لو انتقص كان النقصان على البايع فاذا ازداد كانت الزيادة له ولو كالها
بحضرة المشتري فكان قفيزا فلم يدفعها اليه حتى كان ما وصفنا فانه ياخذها بزيادتها بالثمن الذي
اشترى لان الزيادة بعد الكيل حصلت على ملك المشتري لان المعقود عليه قد تعين من كل وجه عينا
وقدرا الا انه لم يسلم الى المشتري والزيادة الحادثة في المبيع بعد ما تعين من كل وجه قبل التسليم
تكون للمشتري ولكنه يخير ان شا اخذ وان شا ترك لانه وان تعين ملكه بالكيل الا ان المبيع بعد
في ضمان البايع لان الكيل ليس بتسليم وتغير المبيع في ضمان البايع يوجب الخيار وصار بعد
الكيل كانه اشترى مجازفة ثم اصابها ما وكما في العبد والثياب وكذلك ان نقص بان كان رطبا
فيبس ان كان بعد الكيل فانه ياخذه بجميع الثمن لتعين حقه ولا خيار له لان اليبوسة لا تكون عيبا
فان كان قبل الكيل اخذه بحصته لما ذكرنا ان حقه لم يتعين بعد انما يتعين بالتقدير فاذا قدر
وهو اقل من قفيز فقد فات بعض حقه الا ترى انه لو اشترى طعاما بعينه من رطل على انه
قفيز فكال البايع بحضرة المشتري او كال المشتري فوجده يزيد ثلثا او ربعا او نقص ذلك وهي
وشي يكون بين الكيلين يزيد هذه الزيادة وهذا النقصان اخذ في الزيادة قفيزا منه
مما اشترى واخذ في النقصان بحصته ولا خيار له لان المشتري يستحق بالشرط فلا يتجاوز استحقاق
المشروط ولما ذكرنا ان المبيع ما يحويه القفيز وذلك يعرف بالكيل فيتبين قدر حقه حينيذ ولو كال البايع
بحضرة المشتري بعد ما وقع البيع فلم يدفعه الى المشتري حتى اعيد كيله فزاد او نقص لزمه بجميع
الثمن لتعين حقه بالتقدير الاول اورد محمد هذه المسالة في الاصل على سبيل الاستشهاد

لبيزانه لما افترق حكم الزيادة والنقصان التي يدخلها فيما بين الكيلين قبل كيل المشتري وبعد
كيله جاز ان يفترق حكم الزيادة والنقصان في المسالتين جميعا في اول الباب وهم ما اذا حدثت
الزيادة والنقصان قبل كيل المشتري وبعد كيله ثم قال رايت لو لم يقبضه حتى كيل مرة اخرى فوجده
سوا ما اخذ ذلك اشار الى ان العبرة الكيل الاول لانه لو شرط الثاني لجواز ان يقع في الاول
زيادة او نقصان يحتاج بعد ذلك الى ثالث ورابع فيودي الى ما لا يتناهى واحكام الله متناهية
رجل اشترى قفيزا من طعام من كر بعينه وكاله البايع وعزله في ناحية من بيته ولم يدفع الى
المشتري حتى اصاب الطعام كله ما القفيز المعزول وغيره وزاد كل قفيز ربعا فللبايع الى المشتري
قفيزا ان شاء من القفيز المعزول وان شاء من الباقي ولا يتعين المعزول لملك المشتري
فلا يكون الزيادة له لان المعزول لم يتعين لملك المشتري لانه باع قفيزا من هذا الكر لا بعينه وغير
المتعين لا يتعين الا بالقبض كما في السلم فكان للبايع ان يعين الطعام الا ترى انه لو هلك المعزول
لا يبطل البيع ولو لم يصبه الما كان له ان يدفع غيره ولا خيار للمشتري الا ترى انه نوع تمليك فلا يصح
الا بحضرة والمشتري بالخيار ان شا اخذ وان شا ترك لتغير المبيع في ضمان البايع واذا اختار
الاخذ فالزيادة للبايع لان الحنطة اذا لم تكن معينة وقت البيع كانت العبرة للزيادة و
النقصان وقت القبض هي قفيز وربع فلم يسلم له الا قدر المشروط بخلاف ما اذا باع هذا
الطعام على انه قفيز وكاله لان ثمة التعيين يثبت بالكيل ولان الكيل ثمة لمعرفة القدر لا لمعرفة
المبيع لانه متعين ولهذا لو هلك يبطل المبيع وهنا الكيل لمعرفة المبيع لانه مجهول وبالكيل
لا يتعين حتى لا تبطل بهلاكه ولو اصاب المعزول الماء لا غير فالبايع يعطيه قفيزا من الباقي
لانه قادر على تسليم المبيع بوصف السلامة ولا يتخير المشتري ولو انتقص بان كان الطعام
نديا فجف القفيز والباقي او المعزول وحده فعلى البايع ان يتم له قفيزا او لا خيار لواحد منهما
اما الاتمام فلان العبرة للزيادة والنقصان وقت القبض لما قلنا واما عدم الخيار فلان على
البايع انما شرط للمشتري من حيث القدر والجفاف ليس بعيب حتى يتخير المشتري فثبت
العبد رجل اشترى من رجل قفيز حنطة بقفيز حنطة باعيانهم وكال كل واحد منهما بحضرة الاخر وكان
قفيزا تاما ولم يتقابضا حتى اصاب احدهما ما فزاد ربعا لا يبطل البيع والذي لم يصب طعامه
الما بالخيار ان شا اخذ القفيز والربع بطعامه وان شا نقض البيع اما عدم بطلان البيع وان حصل قبل
القبض ما لو كان موجودا وقت العقد اوجب فساد العقد وهو الزيادة في احد البدلين لان
الزيادة في ابتداء العقد انما اوجب فساد العقد لكان الربا وانه لا يتحقق في حالة البقا لحصول الزيادة
على المشتري لما ذكرنا فيما اذا اشترى نخلة بكر تمر فاثمر النخل قبل القبض مثل الثمن ولهذا لو اشترى
جارية بمائة درهم فلم يقبضها حتى وطيها رجل بشبهة وغرم عقرها مائتي درهم وهي ثيب لم ينقصها
الوطي يقبض الجارية المشتري والعقد ولا يفسد العقد وان حصلت الزيادة في العقد لكونه غير
مشروط فلا يكون ربا واما الخيار لتعيب ما اشتراه في ضمان البايع لان البلل في حنطة عيب فان
نقض انقطع الشغل وان اختار الاخذ اخذ المبلولة مع الزيادة لان الحنطة متى كانت متعينة

متعينة وقت العقد كانت العبرة للزيادة والنقصان وقت الكيل ووقت الكيل كان قفيزا
تاما وهذا لان المبيع معين يشار اليه الا ان الكيل فيه من تمام القبض لزوال احتمال الزيادة والنقصان
فكانت الزيادة حاصلة على ملك المشتري لوجودها بعد الكيل ولو لم يتكايلا بعد البيع حتى اصاب
احدهما ما فازداد كيله فوجد اليابس قفيزا والندي قفيزا وربعا يخير صاحب الطعام اليابس
لما ذكرنا فان اختار الاخذ ياخذ قفيزا من الندي بقفيزه اليابس عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وعند محمد يبطل البيع اما ياخذ قفيزا لا غير لان الزيادة حصلت قبل تعيين ملكه
لانه ملكه انما يتعين ملكه لانه ملكه انما يتميز بالكيل لما ذكرنا واما فساد البيع
عند محمد رحمه الله لانه صار احد العوضين مبلولا قبل القبض من كل وجه فصار كما لو كان احدهما
مبلولا لدى العقد وعنده بيع الحنطة المبلولة متساويا لا يجوز لما تذكر فاذا اعترض المفسد قبل
القبض وله شبه بالعقد يفسد البيع كالمسلم اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض وعندهما بيع
الحنطة المبلولة بغير المبلولة صحيح فلا يفسد بالاعتراض فرق محمد بين المسالة وبين المسالة
الاولى وهو ما اذا كاله ولم يقبضه حتى اصابه الما فانه ثمة لا يفسد البيع والفرق ان ثمة المفسد
وجد لدى العقد من وجه وبعده من وجه لانه وجد بعد الكيل قبل القبض والكيل قبض حكما فيما
بيع مكايلة لانه يعين ما ملك بالبيع غير عين وهو القدر وانما تعين ما ملك بالعقد غير
عين بالقبض فكان له حكم القبض ولهذا قالوا يباح للمشتري التصرف
بعد الكيل ولا يباح قبله وان قبض حقيقة واذا كان الكيل حكم القبض فاذا لم يوجد الكيل حتى
ابتل كان المفسد حاصلا قبل القبض حقيقة وحكما فالبلل الحاصل قبل الكيل والقبض له شبه
بالبلل الحاصل عند القبض فيكون فيه شبهة الربا باعتبار الانتقاص عند الجفاف كما مذهبه
في بيع الرطب بالتمر فاوجب فساد البيع باعتبار شبهة الربا لا باعتبار حقيقة الربا فان
حقيقة الربا ثبت بحقيقة البيع والثابت هنا شبهة البيع فكان الثابت
شبهة الربا لكن الحق بحقيقة الربا احتياطا اما البلل الحاصل بعد الكيل بلل بعد القبض حكما
فلا يوجب شبهة الربا لو ثبت شبهة الشبهة والاصل انما علق ثبوته بالشبهة لا يتعلق بشبهة
الشبهة كسقوط الحد وغيره بخلاف مسالة النخل والتمر لان ثمة المبيع متعين حقيقة فلا يحتاج
الى تعيين المبيع رجل باع قفيزا من حنطة بقفيز حنطة من كر بعينه فكال صاحب الكر قفيزا
وعزله ولم يدفع الى المشتري حتى اصاب الذي عزله ما وما بقي وكان الكيل بعينه المشتري
لم يفسد البيع عند ابي حنيفة وابي يوسف لما ذكرنا وبايع الحنطة اليابسة بالخيار وعند محمد
فسد البيع لان في المسالة الاولى عند البيع مع ان المبيع متعين مشار اليه لانه غير مكيل وهنا
وان وجد الكيل لكن لا يوجب التعيين لان المبيع غير متعين على ما مر فكان وجود الكيل وعدمه في
حق التعيين بمنزلة فصار هذا والاول سوا لان المبيع اذا كان غير معين لا يتعين الا بالقبض
ولو اصاب المعزول الما لا غيره اخذ من اليابس قفيزا بقفيزه بالاجماع لانه امكن البايع تسليم
قفيز يابس فيجبر على تسليمه ولا يخير المشتري لانه لم يتغير عليه شرط عقده وهذا اذا

كان بغبنة المشتري اما اذا كان بحضرته ينبغي ملكه بنفس الكيل رجل اشترى قفيز رطب بقفيز رطب
وتكايلا وتقابضا جاز البيع سوا علم انهما اذا جفا انتقضا على استويا وعلم ان نقصان
احدهما اكثر ولا يعلم ذلك جاز عندنا وعند الشافعي رحمة الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا قابل الباقلا
وهذه فصول احدها هذا والثاني بيع الرطب بالتمر كيلا بكيل والثالث بيع العنب
بالزبيب والرابع الحنطة المبلولة باليابسة او الرطبة بالرطبة والخامس الحنطة المبلولة بالحنطة
المبلولة والسادس الحنطة بالسويق والسابع الحنطة بالدقيق والحنطة بالنخالة والثامن
الدقيق بالدقيق والتاسع السويق بالدقيق والعاشر الحنطة المقلية بغير المقلية
او بالمقلية اما الاول فوجه الشافعي بنا على اصله ان الاصل في بيع المطعومات الحرمة
والمساواة مخلص ولذا بدا بالنهي بقوله لا تبيعوا البر بالبر الا سوا بسوا وروى انه صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع الطعام الا سوا فسوا ولو اقتصر على صدر الكلام لم يجز بيع احدهما
بالاخر بحال ولهذا لا يجوز عنده بيع تفاحة بتفاحتين ولا حفنة بحفنتين لانعدام المخلص
وهو المساواة في المعيار الشرعي وعندنا الاباحة في هذه الاموال اصل كما في سائر الاموال والفساد
بعارض انعدام المماثلة لوجود الفضل الخالي عن العوض متيقنا به او موهوما احتياطا دل عليه قوله
صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثل بمثل اوجب المماثلة لجواز العقد على رواية النصب واخبر
عنه على رواية الرفع ثم جعل الفضل بعد تلك المماثلة ربا بقوله صلى الله عليه وسلم والفضل ربا
وقال صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا البر بالبر الا سوا بسوا وبالاجماع المراد المساواة في الكيل
فعرفنا ان المراد اشتراط المماثلة لجواز العقد لان الكلام المقيد بالاستثنا يصير عبارة عما وراء
الاستثنا فيكون المعنى فساد المبيع عند عدم المماثلة التي هي واجبة ولهذا قلنا بجواز بيع التفاحة
بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين لانه لا يقبل هذه المماثلة فلم يكن مال الربا فقال في بيع الرطب
بالرطب التفاوت يظهر في ثاني الحال وبين الناقلين قضا ومتسع معناه انه لا يعتدل في الدخول
في الكيل حتى لا ينظم بعضه الى بعض بل يتجافى ويتفاوت مقدار التجافي فيه فلا يكون الكيل فيه
معيارا شرعيا والمخلص عن الربا بالتساوي في المعيار الشرعي وقاس ببيع الحنطة المقلية بغير
المقلية فان المقلية لا يعتدل في الدخول في الكيل لانتفاخ يحدث فيها بالقلي فانها
اذا قليت رطبة انتفخت واذا قليت يابسة ضمرت وحجتنا قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر
كيل بكيل والتمر اسم للثمرة الخارجة من النخل من حين ينعقد عليها صورتها الى ان تدرك فكان
الرطب تمرا دل عليه قول القائل ۰ وما العيش الا بومة وتشرف ۰ وتمر على راس النخيل وما ۰
والمراد الرطب والمعنى فيه ان الرطب امثال متساوية بدليل ثبوت حكم الربا فيها وحكم الربا لا يثبت
في المال ما لم يصر امثالا متساوية لما قلنا وانما صارت امثالا متساوية بصفة الكيل
فكان الكيل فيها عيارا شرعيا والاصل انه يراعى وجود المساواة بين البدلين على الوجه الذي صار
مال الربا كما في الحنطة وغيرها وبه فارق المقلية فان الحنطة لا تخلق لذلك فان في الاصل غير
مقلية ويصير مال الربا بتلك الصفة فتراعى تلك المماثلة وبعد القلي لا تعرف تلك المماثلة وان تساويا

وان تساويا في الكيل فلهذا لا يجوز بيع المقلية بالمقلية ولا بغير المقلية فان قيل فقد جوز بيع
بيع الحنطة الرطبة بالرطبة كيلا بكيل والرطوبة صفة حادثة بصنع العباد كالقلي قلنا الحنطة في الاصل
خلقت رطبة وتكون مال الربا على هذه الصفة فاذا بلت بالما عادت الى تلك الصفة فاذا وجدت المماثلة
على الوجه الذي صار مال الربا جاز العقد وهي لا تخلق في الاصل مقلية حتى لا تكون هذا اعادة
الى تلك الصفة فيها فرق محمد بين بيع الرطب بالرطب وبينما اذا باع الحنطة الرطبة بالحنطة
الرطبة والمبلولة بالمبلولة وتساويا كيلا فانه لا يجوز والفرق ان في الحنطة التفاوت يمكن
بينهما في ثاني الحال وهما حنطة والحنطة دخلت في العقد فكان لهذا التفاوت حظ من
البدل لان البدلين كانا حنطة فاما هنا اذا صارا تمرين وانتقص احدهما والتفاوت انما يمكن
بعد ما صارا تمرين والتمر لم يكن داخلا تحت البيع فلا يكون لهذا التفاوت حظ من الثمن
واذا جاز بيع الرطب بالرطب فلو تكايلا ولم يتقابضا حتى صارا تمرا واحدهما انقص من الاخر
فهما بالخيار ان شا اتما وان شا انتقضا لانهما اشتريا تمرا مكايلة بعينه فكانت العبرة للزيادة
والنقصان وقت الكيل فصار بعد الكيل بمنزلة ما لو اشترى كل واحد منهما رطبا بمجازفة بدراهم ثم صار
تمرا في يد البايع وانتقص عما كان ولو كان كذلك لا يفسد البيع ولكن يتخير المشتري لانه فات
صفة مرغوبة وهي الرطوبة كذلك هنا ولو صار احدهما تمرا والاخر رطب كما هو لا يفسد البيع والمشتري
الرطب بالخيار ان شا اخذ التمر بنقصانه وان شا ترك اما عدم الفساد فظاهر عند ابي حنيفة لان
بيع الرطب بالتمر عنده يجوز واما عندهما فلان المفسد اعترض بعد وجود القبض من وجه لان للكيل
حكم القبض على ما مر واما الخيار فلتغير المعقود عليه في حقه واعتبار البعض بالكيل وان لم يتكايلا بعد
البيع حتى صار احدهما تمرا فسد البيع في قياس قول ابي يوسف ومحمد لانه صار احد البدلين تمرا قبل
القبض من كل وجه ولو كان لدى العقد فسد البيع عندهما وصح عند ابي حنيفة فكذا اذا صار لدى
القبض من كل وجه بخلاف المسالة الاولى لان ثمة وجد قبل القبض من وجه وبعد القبض من وجه
واذا صح العقد عنده يخير المشتري الذي تغير حقه وان جفا قبل ان يكيلا جاز العقد كانهما كانا
تمرا في ابتدا العقد ويخيران للتغير في حقهما واما بيع الرطب بالتمر كيلا بكيل يجوز عند ابي حنيفة ولا
عند ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لحديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم سيل عن بيع الرطب بالتمر فقال صلى الله عليه وسلم او ينقص الرطب اذا جف قالوا نعم قال
صلى الله عليه وسلم فلا اذن نهى ونبه على العلة وهي النقصان حالة الجفاف وفي حديث ابن عمر رضي الله عنهما
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر كيلا ومن بيع العنب بالزبيب كيلا ثم في قوله صلى الله عليه
وسلم اينقص اذا جف اشارة الى انه يشترط لجواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف ولا يعرف ذلك
بالمساواة في الكيل في الحال فهذا الحديث دليل الشافعي رحمة الله ايضا في بيع الرطب بالرطب واعتبار المماثلة
في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف ولهذا قال بالفساد في جميع الصور التي ذكرنا وهذا
لان هذا الحديث جرى مجرى البيان للحالة التي تجب المماثلة فيها فان النبي صلى الله عليه وسلم
شرط المماثلة ولم يبين الحالة فهذا بيان لذلك المجمل واعتبار المماثلة في اعدل الاحوال صحيح كما في

بيع الحنطة بالدقيق فانه لا يجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن وتحرير العلة باع مقدارا بمقدار من
جنسه يتفاوتان في المال تفاوتا فاحشا فلا يجوز كالحنطة بالدقيق ولان العقد جمع بين البدلين
احدهما على هيئة الادخال والاخر ليس على هيئة الادخال ولا يتماثلان عند التساوي في الصفة
فلا يجوز كالمقلية وهذا بخلاف الجودة والرداءة فالرداءة من نوع العيب والرطوبة في الرطب ليس
بعيب فان العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة فاما ما لا يخلو عنه اصل الفطرة لا يكون
عيبا كالصغر في الادمي وانعدام العقل بسببه وبخلاف الحديث مع العتيق فكل واحد من البدلين
هناك على هيئة الادخال ثم الحديث اذا عتق لا يظهر فيه الا تفاوت يسير لا يمكن التحرز عنه
وذلك عفو كالتراب في الحنطة ولان المماثلة شرط بالاجماع ولم توجد لوجهين احدهما ان جميع
ما يشغل فضاء المكيال تمر وفي الرطب بعضه ولهذا اذا انتقع التمر في الماء يزداد حجمه ويعظم قدره
وهذه الزيادة ليست اجزاء التمر فلم توجد المماثلة حقيقة وان وجدت صورة والحديث يقتضي المماثلة
حقيقة والثاني وهو ان القفيز لا ينكبس من الرطب لان ما فيه من اجزاء الماء يمنع من انكباسه
فيبقى بين الرطبين نصا ما لم يشغله شيء كما قلنا في الباقلاء والتمر ليس كذلك او ان كبس فا
فالرطب اكثر انجاسا من التمر فصار كانه باع صاعا وكبس احدهما بيده ولهذا لا يجوز بيع الدقيق
بالحنطة والمقلية بغير المقلية واذا ثبت عدم المماثلة لا يجوز لما ذكرنا ان الاصل هو الحرمة
ودخل ابو حنيفة بغداد وسئل عن هذه المسالة وكانوا شديدا عليه لمخالفته الخبر فقال
الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او ليس بتمر فان كان تمرا جاز العقد لقوله صلى الله عليه وسلم
التمر بالتمر وان لم يكن تمرا جاز لقوله صلى الله عليه وسلم واذا اختلف النوعان فبيعوا
كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد رضي الله عنه فقال مداره على زيد ابن عياش ولا يقبل
حديثه واستحسن منه اهل الحديث هذا الطعن حتى قال ابن المبارك رحمه الله كيف يقال
ابو حنيفة لا يعرف الحديث وهو يقول زيد ابن عياش ممن لا يقبل حديثه ولا يلزم بيع الحنطة
بالدقيق لانه لا يخلو اما ان كان الدقيق حنطة او غيره حنطة لان النص قابل للتخصيص وسنبين الفرق
ان شاء الله وهذا الكلام في المناظرة يحسن لدفع شغب الخصم لكن الحجة لا تتم بهذا لجواز ان يكون
هنا قسم ثالث كما في المقلية بغير المقلية لكن الحجة لابي حنيفة رحمه الله الاستدلال بقوله
صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثل بمثل يدا بيد كيلا بكيل وقد بينا ان التمر اسم
للثمرة الخارجة من النخل من حين ينعقد صورتها الى ان تدرك وما يترادف عليها من الاوصاف
باعتبار الاحوال لا يوجب تبدل اسم العين كالادمي يكون صبيا ثم كهلا ثم شيخا واسم التمر
عليها اسم ذات لا اسم حال واذا ثبت ان الكل تمر يراعى وجود المماثلة حالة العقد على الصفة التي
دخلت في العقد لان اعتبار المماثلة بسبب المقابلة وذلك يكون عند العقد وما كان اعتبار
المماثلة في الاعدال لا تطيير الاجود فكما لا يعتبر المماثلة في ذلك فكذلك في هذا وقد
تحققت المساواة بينهما في الكيل في الحال لان الرطوبة التي في الرطب مقصودة وهي شاغلة
للكيل فلا يظهر التفاوت الا بعد ذهابه بالجفوف فلا يتبين به ان التفاوت كان موجودا عند العقد

العقد بخلاف الحنطة بالدقيق فان بالطحن يتفرق الاجزاء ولا يفوت جزء شاغل الكيل فتبين بالتفاوت
بينهما بعد الطحن انهما لم يكونا متساويين عند العقد وكذا المقلية بغير المقلية فان بالقلي لا يفوت
جزء شاغل الكيل انما ينعدم اللطافة التي كانت للحنطة منبتة ولما ظهر التفاوت بعد القلي عرفنا
ان هذا التفاوت كان موجودا عند العقد ثم صاحب الشرع اسقط اعتبار التفاوت في الجودة
لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء واعتبر التفاوت بين النقد والنسيئة
حتى شرط اليد باليد وصفة الجودة لا تكون حادثة بصنع العباد فصار هذا اصلا ان كل
تفاوت ينبني على صنع العباد فذلك مفسد وفي المقلية بغير المقلية والحنطة بالدقيق
التفاوت بهذه الصفة وكل تفاوت ينبني على ما هو ثابت باصل الخلقة من غير صنع العباد فهو
ساقط الاعتبار والتفاوت بين الرطب والتمر بهذه الصفة فلا يعتبر كالجيد بالردي ولهذا
علل بعض مشايخنا رحمهم الله فقالوا باع مقدارا بمقدار من جنسه ترتفع المغايرة التي بينهما
من غير كلفة فيجوز اذا تساويا في الكيل كالعتيق مع الحديث وقولنا من جنسه لجريان الربا بينهما وهذا
المعنى وهو ان المساواة كيلا في الاموال الربوية شرط الجواز فيعتبر وجودها عند العقد كسائر
شرائط الجواز من اعلام الثمن والمبيع وامكان تسليم المبيع وغيرها ولو اعتبرت الحالة الثانية لم
يجز عقد ما ادما من مبيع الا يجوز هلاكه ولا يلزم على العبارة بيع الحنطة بالدقيق لان المغايرة
لا ترتفع الا بكلفة وعلى المعنى فلان البيع لا يبطل للتفاوت في الثاني وانما يبطل للتفاوت في
الحال لان في الحنطة اجزاء دقيق مضمنة تظهر بالطحن وربما تكون اكثر من المفرزة فلم تتفاوت في الحال ولا
يلزم على هذا اذا باع حنطة علكة برخوة فانه يجوز وان ظهر الفضل اذا طحنت وذلك الفضل كان
موجودا عند العقد لانه اذا باع الحنطة فالمقصود هي الحنطة دون الدقيق فلا يعتبر التفاوت
في الدقيق فاما في بيع الحنطة بالدقيق فالدقيق مقصود في العقد والدقيق الذي في الحنطة وان لم يكن مع
مقصودا اعتبر الربا فيه كما في بيع السمسم بدهنه لا يجوز الا بطريق الاعتبار وجاز بيع السمسم
بالسمسم ولا يعتبر الدهن الذي فيهما ولا يلزم المقلية بغير المقلية على العبارة لوجود الكلفة
واما على المعنى فلقيام التفاوت في الحال لان المقلية اجزاؤها منضمة ولا تعرف المساواة
بينهما على اعتبار ما قبل القلي والمعتبر تلك الحالة لان الحنطة انما تصير من اموال الربا بعلة
الكيل عندنا فتعتبر كونها مكيلة في اصل الخلقة فاما القلي فعل حادث يوجب ضم اجزائها فلا
نعرف المساواة في الحالة التي قبل القلي وقد ذكرنا في المبلولة بغير المبلولة انه اعاده الى الحالة التي
خلقت واما الحديث فقد ذكرنا الطعن في صحته وهو مخالف للاصول ايضا فان فيه تعليل
المنع بنقصان يوجد في الثاني لفوات جزء من المبيع وفوات كل المبيع في الثاني لا يمنع جواز
العقد وكذا فوات بعضه كما في العتيق مع الحديث وهو مخالف للحديث المشهور ايضا وهو حديث
ابي سعيد الخدري رضي الله عنه لانه دل على اشتراط المماثلة حالة العقد فانه قال لخيبر لا تبيع
الا رطلا بدرهم يفهم منه ان المبيع وقت البيع رطل والثمن درهم لا قبله ولا بعده وما روي تقتضي المماثلة
بعده فكان مخالفا للحديث المشهور وبهذا بطل قوله ان هذا تفسير لان البيان والتفسير

رفع الاجال لا لابطال مقتضاه وذكر الطحاوي انه محمول على البيع نسأ وفائدة قوله صلى الله عليه
وسلم انتقص اذا جف الرطب ان الرطب اذا جف ينقص الى ان يحل الاجل فلا يكون هذا التصرف
مفيدا او قيل سيل صلى الله عليه وسلم عن بيع الوصي تمر اليتيم برطب التجارة فمنع نظر اليتيم او
بطريق الارشاد الى ما هو الاصلح للتجارة لانه اذا انتقص الرطب بالجفاف لم يبق للربح وجه سوى
تغير السعر وانه محتمل فيكون معرضا ماله للتلف فمنع شفقة عليه واما قوله بان في الرطب
ما قلنا ما فيه من الرطوبة من اجزائه فاذا كان تمرا كانت اجزاء التمر ضرورة وهي اجزاء مطلوبة
مقصودة بالبياعات فاستويا في الاخر وان كان ما في احدهما من الرطوبة اكثر كالحديث
مع العتيق والتفاوت لانكباس جا من جهة اصل الخلقة لا بصنع العباد فلا يعتبر لانه
لا يمكن الاحتراز عنه على ما ذكرنا واما بيع العنب بالزبيب كبيع الرطب بالتمر وفي العيون
عن ابي يوسف انه قال العنب بالزبيب لا باس به والعنب اقل يدا بيد وروى هشام عن محمد
انه قال لا باس بقفيز من زبيب بقفيز من عنب لما الذي في العنب وفي بعض النسخ روى هشام
عن محمد رحمهما الله انه قال ان كان الزبيب اكثر يجوز البيع ويكون الزيادة بازاء الما الذي
في العنب قال هشام قلت لمحمد لو اعتبرت الما الذي فيه ينبغي ان يجوز بيع الرطب بالتمر
اذا كان التمر اكثر فلم ازل به حتى رجع وقال لا يجوز البيع فيه وروى عن ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله انهما اجاز اذا كان الزبيب اكثر وقال في العيون قلت انه يجوز من قبل الما الذي في
العنب فالرطب بالتمر يجوز لان في الرطب ماء ممزوج وقال لا خير فيه فالحاصل ان قول محمد الاخر
مخالف لقول ابي يوسف ووجهه ان كل واحد منهما من جنس الاخر وصفة الكيل جمعتهما فيعتبر
ما في العنب اعتبارا بما له فاذا كان اكثر اذا يبس يرجع الى الاول فصار بمنزلة السمسم بالدهن والزبيب
بالزيتون وجه قول محمد رحمه الله انهما من جنس واحد فجاز بيع احدهما بالاخر متساويا كالحديث بالعتيق
وجه قوله الثاني انه باع جنسا بجنس من غير معرفة المساواة الشرعي فاشبه الرطب بالتمر على ما هو
المذهب عندنا واما بيع الحنطة المبلولة باليابسة او الرطب باليابسة يجوز عند ابي حنيفة وعند
محمد لا يجوز وذكر في نسخ ابي حفص قول ابي يوسف كقول ابي حنيفة وهو قوله الاخر فاما
قوله الاول كقول محمد رحمه الله واما الحنطة المبلولة بالمبلولة يجوز عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله لما قلنا ولا يجوز عند محمد وكذا الزبيب المنقع بالمنقع والتمر المنقع
بالمنقع وكذا الحنطة الرطبة التي اخرجت من سنبلها بحنطة مثلها فالاصل عند ابي حنيفة
ان العقد اذا ورد على بدلين بينهما حقيقة المجانسة يعتبر التساوي بينهما كيلا حالة العقد
ولا يعتبر التفاوت بينهما في الثاني وهذا التفاوت بمنزلة التفاوت في الجودة والرداة والاصل عند
ابي يوسف ما هو الاصل عند ابي حنيفة الا انه لا يجوز الرطب بالتمر على رواية ابي حفص وهو
قوله الاخر والحنطة الرطبة باليابسة ايضا على قوله الاول لوجهين لاحدهما انه ترك
هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد على ما ذكرنا وبيع الحنطة الرطبة باليابسة في معنى
بيع الرطب بالتمر والحنطة المبلولة باليابسة لانه بصنع العباد على ما ذكرنا والثاني انه

انه مضى على اصله لكونه يقول المجانسة بين الرطب والتمر وبين الرطبة واليابسة ثابتة من وجه
دون وجه لان بعض ما يبتغى من التمر لا يبتغى من الرطب وكذا ما يبتغى من اليابسة لا يوجد
في الرطبة من الطحن والبذر فكان بينهما مجانسة من وجه فلا يعتبر التساوي بينهما
كيلا وقت العقد بخلاف الحنطة المبلولة باليابسة لان بينهما مجانسة من كل وجه لان
بالبلل لا يفوت شي من منافع من الطحن والزراعة وغيرها والاصل عند محمد ان العقد اذا ورد
على بدلين بتمكين التفاوت بينهما في الثاني وهما او احدهما على الاسم الذي دخلا تحت العقد
لا يعتبر التساوي بينهما كيلا وقت العقد وانما يعتبر التساوي في اعدل الاوقات وان
لم يتفقا على الاسم الذي دخلا تحت العقد يعتبر التساوي بينهما كيلا وقت العقد فالحنطة
والتمر والزبيب فاذا حصل الجفاف يبقى هذا الاسم فيتمكن التفاوت بينهما وهما على هذا
الاسم بخلاف الرطب والمعنى فيه وهو انه اخذ من الحديث اصلا ينبني عليه فروعه
فقال لا مجانسة بين الرطب والتمر حقيقة لان حقيقة المجانسة في الاشتراك في المنافع
وهي فيهما مختلفة ولهذا الوظف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا لايجب لكن بينهما
شبهة مجانسة توجد في الثاني بصيرورة الرطب تمرا وانما جرى الربا بينهما باعتبار هذه
الشبهة وقد دل الحديث على اشتراط المماثلة باعتبار المجانسة التي ستوجد فاذا لم تكن معلومة
لا يجوز فصار هذا اصلا في كل بدلين بينهما شبهة مجانسة توجد في الثاني فالمماثلة تعتبر
على اعتبار تلك المجانسة وعلى هذا الاصل لا يجوز بيع الحنطة بالدقيق والمقلية بغيرها وكل بدلين
بينهما حقيقة المجانسة للحال وشبهة مجانسة اخرى ستوجد في الثاني فالجواز ينبني على اعتبار
الحقيقة القائمة للحال لانا الشبهة القائمة لعطلنا هذه الحقيقة ولا يجوز تعطيل الحقيقة
لاجل الشبهة وعلى هذا جاز بيع الرطب والعنب بالعنب لان بينهما حقيقة المجانسة للحال
وشبهة مجانسة توجد عند الجفاف غير هذه المجانسة ويجوز بيع الحنطة بالحنطة ولا ينظر
الى حال ضرورتهما دقيقا لحقيقة المجانسة للحال لا يلزم على ما ذكرنا المبلولة بالمبلولة والرطبة
بالرطبة لان بينهما حقيقة المجانسة للحال وانها لا تزول بالجفاف فهما جنس واحد حقيقة
وقد يقع في الثاني تفاوت في هذا الجنس بسبب قائم للحال فكانت شبهة التفاوت
قائمة للحال والشبهة في الربا ملحقة بالحقيقة احتياطا في موضع لم يكن في اعتبارها
تعطيل حقيقة المجانسة الثابتة للحال لانا متى جعلنا شبهة التفاوت بمنزلة الحقيقة
ولا كذلك اذا جعلنا شبهة التفاوت في مجانسة اخرى كحقيقة في تلك المجانسة ومنعنا
الجواز بناء عليه ولان المساواة شرط في اجزاء الحنطة واجزاء التمر في الفصول كلها ولا تساوي
في اجزاء الحنطة في الحال لان انتفاخ الحنطة بالرطوبة باجزاء الما وذلك جزء فاسد فلا يصير
ذلك داخلا في العقد انما يعتبر المساواة فيما وراء ذلك وذلك لا يعلم بالكيل في
الحال والرطوبة في الرطبة من اجزاء الصلاح فيدخل تحت العقد فيقع باعتباره المساواة
فيما هو داخل تحت العقد وعن محمد في بيع المبلولة والمنتفخة بالمنتفخة انه ان كان يعلم

انما بنقصان على السوا يجوز وما قيد بهذا القيد بالرطبة بالرطبة لانه ليس لهما حالة عرفت
تفاوتهما بعد الجفاف فاستدل لا بحالهما وفي المبلولة لهما حالة قبل البل يعرف تساويهما بعده
استدلالا بتلك الحالة واما بيع الحنطة بالسويق فلا يجوز متساويا ولا متفاضلا الا ان تكون
الحنطة اكثر ومع السويق فضة او ذهب فيكون ما معه بفضل الحنطة اما عدم الجواز بغير
هذا الشرط لان في الحنطة دقيق منكبس فلعلها اذا طحنت تزيد على الاخر واما الجواز بهذا
الشرط لان الصحة مقصود المتعاقدين ومتى امكن تحصيل مقصودهما بطريق جائز شرعا يحمل
مطلق كلامهما عليه ويجعل كانهما صرحا بذلك كما لو باع نصف عبد مشترك يتقيد بنصيبه
خاصة ولو قال لرجل اوصيت لك بثلثي يحمل على ايجاب الثلث المال لمعرفة مقصوده وتصحيح
لتصرفه والاصل فيه قوله تعالى فبشر عبادي الذين يستمعون القول فيتبعون احسنه وان كانا
متساويين في الكيل ومع السويق فضة او ذهب فالرواية فيه مشتبهة لان ذكر في بعض الروايات
الا ان يكون مثلا بمثل والحنطة اكثر ومع السويق فضة او ذهب فهذا يدل على انهما لو كانا
متساويين يجوز لان الحنطة والسويق وان كانا سوا علم ان الحنطة في الحقيقة اكثر لانهما
لو طحنت صارت في الكيل اكثر واذا كان الحنطة في الحقيقة اكثر جاز ان يكون مع السويق فضة
او ذهب وذكر في بعض الروايات والحنطة اكثر فهذا يدل على انهما اذا كانا متساويين في الكيل
ومع السويق فضة او ذهب لا يجوز لانهما متساويين في الكيل صورة فلا يجوز ان يكون مع احدهما
زيادة ولو كانت الزيادة مع الحنطة فلا يجوز وان تساويا في الكيل والحنطة اكثر لان زيادة
الحنطة والفضة تكون ربا واما الحنطة بالدقيق فلا يجوز متساويا ولا متفاضلا لما ذكرنا في مقام
الفرق ولان بين الحنطة والدقيق شبهة المجانسة فان عمل الطحن في الصورة فهو تفريق الاجزا وان كان
في الحكم الدقيق غير الحنطة ويجعل الدقيق حاصلا بالطحن حتى ينقطع به حق المالك الا ان الربا مبني على
الاحتياط والشبهة فيه تعمل عمل الحقيقة وعند وجوده حقيقة المجانسة لا يجوز بيع البعض بالبعض
الا متساويا فكذلك عند شبهة المجانسة ولا يعرف التساوي في الكيل بين الدقيق والحنطة
والدقيق لا يصير حنطة قط ولكن الحنطة تطحن ولا ندري ان بعد الطحن يتساويان في الكيل ام لا
فاذا كان بالتساوي في المعيار في الحال لا يعلم التساوي بينهما بعد الطحن لا يجوز بيع احدهما
بالاخر وكذلك بيع الحنطة بالنخالة اجزا الحنطة كالدقيق الا انه جزء خشن والدقيق جزء
لين واما بيع الدقيق عندنا كيلا بكيل يجوز وعند الشافعي رحمة الله لا يجوز لان
الدقيق لا يعتدل في الدخول في الكيل فانه بالكبس والكيل عنده لا يكون معيارا شرعيا
الا فيما يعتدل بالدخول في الكيل لما قلنا في بيع الرطب بالرطب لكنا نقول الكيل فيما هو مكيل
معيار شرعا والدقيق مكيل ومعرفة كونه مكيلا بالرجوع الى عرف الناس وجواز السلم في الدقيق
كيلا كالحنطة وما يتوهم فيه من التفاوت عند التكلف في كيل الدقيق يتوهم في الحنطة
ايضا ثم سقط اعتباره ووجب بنا الحكم على الوسط من ذلك فكذا الدقيق واما بيع السويق
بالدقيق فلا يجوز عند ابي حنيفة متساويا ولا متفاضلا وعندهما يجوز متساويا او متفاضلا بعد ان يكون يدا

يدا بيد لانهما جنسان مختلفان فان الاسم مختلف والمقصود مختلف فانه يقصد بالدقيق الخبز
والعصيدة والاطرية ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق فكان التفاوت بينهما في المقصود اظهر
من التفاوت بين الهروي والمروي اقصى ما في الباب انهما اشتركا في اصل الاقتيات لكن بهذا لا
لا يثبت المجانسة كالحنطة مع الشعير وكذلك كل واحد منهما لا يصير مثل صاحبه بحال فالسويق لا يصير
دقيقا والدقيق لا يصير سويقا بحال واختلاف الجنس يعرف بهذا واتحاد الاصل لا يمنع اختلاف الجنس
باعتبار هذه المعاني كالادهان وعن ابي يوسف رحمة الله انه يجوز البيع متساويا لا متفاضلا
لان الدقيق قد يصير سويقا بان يرش عليه الماء ثم يقلى فيصير سويقا ويبعد ان يتخذ السويق بهذه الصفة
فتعتبر المساواة بينهما لجواز العقد باعتبار المال ولهذا قال بعض مشايخنا ليس في المسالة في
الحاصل اختلاف بل عند ابي حنيفة رحمة الله ان السويق اسم لما يتخذ من الحنطة المقلية وعندهما لا
يجوز في هذه الصورة ايضا عندهما السويق اسم لما يتخذ من الدقيق وعنده يجوز في هذه الصورة
متساويا ولابي حنيفة رحمة الله طريقان احدهما ان السويق اجزا الحنطة المقلية والدقيق اجزا
حنطة غير مقلية بغير المقلية لا يجوز بحال فكذلك بيع السويق بالدقيق وتحقيق هذا انهما
لما جعلا جنسا واحدا قبل الطحن عرفنا انهما جنس واحد بعده لان الطحن فيهما عمل بصفة
واحدة وهو تفريق المركب وتلك المجانسة ما كانت باعتبار التركيب بدليل وجودها في السويق
فعلم انها كانت باعتبار الاشتراك في معنى لا يتبع التركيب فالطحن يقرره ولان بين الحنطة والسويق
مجانسة بدليل جريان الربا بينهما والحكم لا بد له من علة موجودة وقت ثبوته اذ لا يجوز تقديم الحكم
على العلة وهذه المجانسة ثابتة بعد الطحن على ما ذكرنا ثم بيان المماثلة اشتراكهما في المعنى
الخاص وهو الغذا الحاصل من الحنطة لان السويق يشارك الدقيق في ان كل واحد منهما يحصل به
الغذا المطلوب من الحنطة وان كان في احدهما اكثر بمنزلة العلكة الرخوة او المسوسة اقصى ما في الباب
انهما تفاوتا فيما ذكرنا من الوجوه لكن المجانسة ثابتة من وجه دون وجه فبطلت المماثلة بينهما على اعتبار
ما فيهما من التجانس فاذا لم يعلم ذلك لم يجز البيع كالحنطة مع الدقيق وهذا لانه يعتبر المماثلة على الوجه
الذي صار مال الربا وهو قبل القلي والطحن ويتساويهما كيلا في الحال لا تظهر تلك المماثلة فلا يجوز
العقد والثاني ان بيع الحنطة بالسويق لا يجوز بالاتفاق وربا الفضل لا يثبت الا باعتبار المجانسة
ولا مجانسة بين الحنطة والسويق صورة فعرفنا ان المجانسة باعتبار ما في الضمن والذي في الضمن
الحنطة دقيق فتثبت المجانسة بين السويق والدقيق بعد الطحن كما تثبت بين السويق والحنطة
باعتبار ما في الضمن قبل الطحن توضيحه ان بيع الحنطة بالدقيق ربا وبيع الحنطة بالسويق
ربا ومن ضرورة كون كل واحد منهما جنسا للحنطة ان يكون احدهما جنسا للاخر وانما اختلف
اسم الصنعة لا اسم العين فكل واحد منهما اجزا متفرقة فيما كان لب الحنطة قبل التفرق وليس
فيه اكثر من فوات بعض المقاصد وبه لا يختلف الجنس كالمقلية بغير المقلية والعلكة مع التي
اكلها السوس فانها لا تصلح للزراعة واتخاذ الهريسة والكشك ولا يوجب ذلك اختلاف الجنس
فكذلك الدقيق مع السويق رجل اشترى من رجل كر حنطة بمائة درهم وكاله وتقابضا ثم ان

المشتري وولاه رجلا وكاله البائع للمشتري فزاد قفيزا فعلم ان ذلك غلط بان كانت زيادة لا تجري
بين الكيلين عادة يردها على البائع الاول فان لم يعلم الغلط بان كانت زيادة تجري بين الكيلين
عادة لا تسلم للمشتري الثاني وتسلم للمشتري الاول فالحاصل ان الزيادة لا تكون في المشتري الثاني
بحال وهل تكون في المشتري الاول ففيه التفصيل اما لا تسلم للمشتري الثاني لان التولية عقد
ينعقد على صفة العقد الاول بمثل الثمن الاول ولو نص عليه البيان انه ليس للمشتري الثاني لما قلنا انه
لا يملك الا بحرية الكيل واما المشتري الاول فلان الكيال يجتهد في الكيل وما ظهر من الزيادة في الكيل
الثاني ظهر بضرب من الاجتهاد من الثاني فلا يثبت كونه زيادة في حق الاول كان الكيال
الاول يجتهد مثله وقد ادى اجتهاده انه ليس بزيادة وما امضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله
الا اذا ظهر الخطا بيقين فاذا كانت الزيادة مما لا تجري بين الكيلين ظهر الخطا بيقين فينقض
فاذا كانت مما يجري لا يظهر الخطا بيقين فلا ينقض وهذه الزيادة داخلة في استحقاق الاول فيكون
للبائع الثاني طيبا له في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الزيادة حصلت على ملكه لتعين
ملكه بالكيل من كل وجه ولا يجعل هذا خيانة من البائع لظهور الزيادة في الكيل الثاني لانه يتبين انه
باع بعض ما اشترى بجميع الثمن لانه انما يكون خيانة ان لو ظهر كونه زيادة في العقد الاول وانه لا
يظهر وهذا لانه اخبر انه اشترى الكر بمائة وهو صادق فيه وقد تعين هذا القدر مبيعا
بالعقد الاول فصار كانه اشترى هذا الطعام مجازفة بمائة درهم لتعينه بالتقدير ثم يصير كانه
يقول لاخر ابيعك كرا منه على مائة درهم ولو كان هكذا حقيقة لا يكون جناية الا ترى انه لو اشترى
عبدا انتقص بافة سماوية جاز ان يبيعه تولية ومرابحة على ما اشترى وان لم يشترط مع هذا
العيب بذلك الثمن ولو انتقص الكر شيئا فهو على ما ذكرنا ان كان نقصانا لا يجري بين الكيلين
ظهر الخطا في الكيل الاول فيتخير المشتري الثاني ان شا اخذ بحصته من الثمن وان شا ترك ويرجع
المشتري الاول على بائعه بحصته من الثمن وان كان نقصانا يجري بين الكيلين ياخذ المشتري
الثاني بحصته ولا يرجع المشتري الاول على بائعه بشي لانه لم يظهر الخطا في الكيل
الاول وكذا المرابحة بمنزلة التولية يريد به في حق الزيادة على التفصيل الذي ذكرنا لانه
بيع ما اشترى بمثل ما اشترى وزيادة شي ويحتاج الى كيل مستقبل كما يحتاج اليه
في التولية ولو كانت الزيادة قفيزا وهو مما يجري بين الكيلين حتى تسلم للمشتري
الاول وسلم الكر للمشتري الثاني فاراد المشتري الاول ان يبيع ذلك مرابحة او تولية فانه
يبيعه على جزء من احد واربعين جزءا من المبيع فيبيعه تولية او مرابحة بقسطه من الثمن هكذا
ذكر في الكتاب واضاف الجواب الى ابي يوسف ومحمد ولم يذكر قول ابي حنيفة رحمهم الله قالوا
على قياس قوله ينبغي ان لا يبيع القفيز مرابحة ولا تولية لانه لما وصل اليه جميع راس ماله
كان القفيز الزائد مما حصل له والاصل عنده انه يحط قدر الربح من الثمن في بيع التولية و
المرابحة واذا وصل اليه جميع راس ماله في المبيع بسبب عقد اخر لا يجوز بيعه مرابحة
ولا تولية اصله اذا اشترى شيئا بعشرة ثم باعه مرابحة على خمسة ثم اشتراه بعشرة ثم اراد ان يبيعه

يبيعه مرابحة يحط عنه قدر الربح من الثمن الثاني ويبيعه مرابحة على خمسة وعندهما يبيعه مرابحة
على الثمن الثاني وهو عشرة ولو اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة
عنده لانه لا يبقى له ثمن وعندهما يبيعه مرابحة على عشرة فكذلك هنا يجب ان يطرح من هنا البيع
القفيز الزائد فلا يبقى له ثمن لهما ان هذا شرا مستقبل فلا يدخل فيه ما قبله من ربح او وضيعة الا ترى
انه لو كان اصله هبة او صدقة او ميراثا او وصية فباعه ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن
الاخر ولا يعتبر بما كان قبله كذا هذا وهذا لان بالشرا الثاني يتجدد له ملك غير الاول لانه يثبت الحكم
بثبوت سببه فاذا كان السبب متحدا فالملك الثابت به كذلك واختلاف اسباب الملك له اختلاف
اختلاف العين ولو كان المشترى في المرة الثانية عين اخر باعه مرابحة على ما اشتراه به وقاسا بما لو
استفاد في المرة الثانية زيادة من العين فان ذلك لا يمنعه من بيع المرابحة في الشرا الثاني فكذلك اذا
استفاد ربحا قبل الشرا الثاني وابو حنيفة يقول ما استفاد من الربح انما تاكد حقه فيه بالشرا الثاني
لان قبله حقه فيه تعرض السقوط بان يرد عليه بعيب والمؤكد في بعض المواضع كالموجب فكانه استفاد
ذلك بالعقد الثاني وبه فارق الزيادة المتولدة من العين فتاكد حقه فيها لم يكن بالعقد الثاني ولان
مبنى بيع المرابحة على ضم العقود بعضها الى بعض الا ترى انه ما انفق في القصارة والفتل والخياط تلحق
براس المال فاذا كان يضم بعض العقود الى بعض فيما يوجب زيادة في الثمن فلان يضم فيما يوجب النقصان
من الثمن اولى فان هذا الى الاحتياط اقرب ولكن ضم العقود عند اتحاد جنسها لا عند اختلافها الا ترى انه
لو استعان بخياط حتى يخيطه لم يلحق بسببه شيا براس المال وكذلك اذا كان العقد الاول هبة او صدقة
لا يضم لان احدهما تبرع والاخر ولان الاول كان كله ربحا ولم يطرح عن الثاني ذلك واما اذا اتحد الجنس
يضم وينظر الى حاصل ما غرم فيه فيطرح من ذلك بقدر ما رجع اليه ويبيع مرابحة على ما بقي ان
شا وقد مال الكثير من اصحابنا الى قولهما مثل الزعفراني والكرخي رحمهما الله حتى قال الكرخي لا اعرف
لقول ابي حنيفة في هذه المسالة وجها صحيحا ثم في مسالتنا اذا باع الكر ووجد المشتري به عيبا ورده
عليه فانه يبيعه مرابحة وتولية على اربعين جزءا من احد واربعين جزءا من غير بيان لان حصة
المردود من الثمن هذا وكذا الورود بخيار رؤية او شرط وان رد عليه القفيز باعه على ما ذكرنا فان خلطهما
استقبل الامر فيهما وباع كله على جميع الثمن وهو مائة لانه لما خلط بطل الكيل الثاني وعاد الامر الى
ما كان قبل الكيل الثاني وقبل الكيل الثاني يبيع الكل مرابحة على الثمن الاول وذلك مائة
فكذا هنا واضاف الجواب الى قولهما اما على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يبيع القفيز الزائد قبل
الخلط مرابحة ولا تولية وبعد الخلط جوابه كجوابهما ولو اشترى كرا من طعام فكاله
وتقابضا فاصابه ماء من المطر فافسده وصار خمسين قفيزا فباعه مرابحة على انه كر ولم يبين
جاز البيع وللمشتري منه اربعون قفيزا لا خيار له فيه ان كان يعلم بعيبه ويسلم العشرة
الاقفزة للمشتري ويبيعه مرابحة وتولية على خمس الثمن اما جواز البيع مرابحة من غير بيان
لان الطعام لم يتعيب بفعل المشتري ولا وصل اليه بدل ما تعيب فصار كمن اشترى عبدا
فمرض او عور كان له ان يبيعه مرابحة من غير بيان عندنا على جميع الثمن وقال زفر ليس

له ذلك مالم يتبين لان المشتري لو علم انه اشتراه غير معيب بما سمي من البدل لم يلزمه ربحا على ذلك
مالم يتبين وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه ايضا بناء على ان للاوصاف عنده حصة من الثمن وان
التعيب بافة سماوية وبصنع العباد فيه سوا ولكنا نقول بان المشتري غير حابس شيا من المعقود عليه
فكان له ان يبيعه مرابحة كما لو تغير السعر وهذا لان الفايت وصف فيكون تبعا لا يقابله شي من الثمن
اذا فات بغير صنع احد وانما البدل بمقابلة الاصل وهو باق على حاله فيبيعه مرابحة ارايت لو اصفر
الثوب او توسخ او تكسر كان ذلك يمنعه من البيع مرابحة بخلاف ما اذا كان بفعل الاجنبي لانه صار
اصلا ووصل اليه بدله فصار كبيع البعض وبخلاف ما اذا كان بفعله لانه سلم اليه بدله وفي نوادر هشام
عن محمد رحمهم الله قال هذا اذا انتقصه العيب شيا يسيرا فان نقصه قدر ما لا يتغابن الناس فيه لم يبعه
مرابحة ثم قال في مسالتنا للمشتري اربعون قفيزا لان المشروط هذا القدر واستحقاق المشتري لا يتجاوز
المشروط واما لا خيار له ان كان يعلم بعيبه يريد به وقت البيع لانه رضي به وان لم يعلم فله الخيار ان شا
فسخ وان شا اخذ بجميع الثمن لان الفايت وصف المبيع وهو اليبوسة والجودة والوصف لا يقابله
شي من الثمن واما سلامة الزيادة للمشتري الاول او الطيب له لانها خارجة عن الكر لانها حصلت بعد
تعين ملكه فصار كالولد واما بيعه مرابحة او التولية على خمس الثمن فلانه تبين ان هذا الباقي خمس
الطعام الذي اشتري فيكون ثمنها خمس الثمن وتلك الزيادة رزق ساقه الله اليه وهو ادى الامانة على
وجهها فلا يكره له ذلك وهذا قياس قولهما فاما على قياس قول ابي حنيفة رحمه الله لا يبيع العشرة الاقفزة
مرابحة ولا تولية ولو كان رطبا فيبس فصار انقص مما كان فباعه مرابحة او تولية على انه كر فاذا هو انقص ياخذه
بحصته من الثمن ويخير لانه رغب فيه على انه كر وقد وجده اقل ولو اشتري كرا وكاله وقبض وباعه مرابحة او
تولية فلم يقبضه المشتري ولم يكله حتى اصابه ما فزادت عشرة اقفزة فالمشتري بالخيار
ان شا اخذ منه اربعين قفيزا بما سمي وان شا ترك لان تعيب في ضمان البايع وانما
ياخذ اربعين قفيزا بما سمي وان شا ترك لانه تعيب في ضمان البايع وانما ياخذ اربعين قفيزا
بجميع الثمن لان الزيادة حصلت قبل تعين ملكه بالكيل على ما مر وله ان يبيع العشرة الاقفزة
الباقية مرابحة او تولية على خمس الثمن على قياس قول ابي حنيفة لا يبيعه مرابحة ولا تولية على
ما ذكرنا ولو كان البايع الاول كال الطعام بحضرة المشتري فلم يقبضه حتى اصابه ما فصار
خمسين قفيزا فالمشتري بالخيار ان شا اخذ الكل بجميع الثمن وان شا ترك لان بالكيل بحضرته تعين
المبيع وصار كان المبيع وقع عليه مجازفة وانما يخير لحصول التغير في ضمان البايع لان الكيل
لتقرير المبيع لا للتسليم وكذا لو كاله وهو رطب فوجده اربعين قفيزا تاما فلم يقبضه حتى يبس لم
فنقص خمسة اقفزة للمشتري ان ياخذه بجميع الثمن فلا يطرح عنه شي من الثمن لما قلنا انه
تعين ملكه بالكيل فكان النقصان داخلا في ملكه الا انه لا خيار له هنا لان اليبوسة
ليست بعيب في الطعام ولو كان ولاه قفيزا منه ولم يقبضه حتى اصاب الطعام كله ما فزاد
فليس للمشتري الاخر الا قفيز منه بكيل مستقبل وله الخيار لان المبيع طعام بغير
عينه فتكون العبرة للزيادة والنقصان وقت القبض واما الخيار فلتغير المبيع قبل القبض وكذا

وكذا لو انتقص باليبوسة فللمشتري قفيز تام بكيل في المستقبل ولا خيار له لما ذكرنا وان لم يصب الما
الا المعزول اخذ من الباقي قفيزا ولا خيار لهما لان البايع قادر على ايفا ما شرط لعدم تعين المعزول
للبيع ولهذا لو هلك لا يبطل البيع رجل اشترى طعاما على انه كر وكاله وتقابضا ثم تقايلا وكال البايع
فوجده ينقص قفيزا او يزيد قفيزا وذلك مما يجري بين الكيلين فهو للبايع زيادته ونقصانه
فرق بين الاقالة والتولية في حكمين احدهما ان في التولية ما حدث من النقصان او الزيادة قبل
الكيل كان لصاحب الطعام وهو البايع وعليه وهنا لم يكن لصاحب الطعام وعليه وهو
المشتري والثاني وهو ان في التولية شرط كيلا مستقبلا وفي الاقالة لم يشترط والاقالة تصرف
جديدا ينبني على ان البيع الاول فانما يصلح بمثل الثمن الاول كالتولية والفرق وهو ان التولية بيع
جديد في حق الناس كافة وفي الاحكام اجمع فيجب مراعاة الكيل فيها كما في البيع الاول
فوجب كيلا مستقبلا ومتى وجب كيلا مستقبلا كانت العبرة للزيادة والنقصان يوم
التولية لما قلنا من قبل واما الاقالة فسخ فيما كان من خالص حق العاقدين ما امكن والكيل من خالص
حق المتعاقدين لانه قبض حكما لما قلنا في اصل الباب والقبض حقيقة في غير مال الصرف حقهما وكذا
القبض حكما ولهذا لو باع البايع المبيع المنقول من المشتري بعد الاقالة قبل القبض يجوز ولو كان
هذا بيعا جديدا لا يجوز الا ترى ان هلاك احد العوضين لا يمنع الاقالة فسخا في حق الكيل لا يجب
مراعاة الكيل بينهما لان الكيل انما يراعى فيما يملكه ملكا قديما واذا لم يعتبر الكيل لم يعتبر الزيادة
والنقصان وهذا لانها فسخ فيما تعين في العقد الاول فيعود حكم العقد الاول وان كان الكيل شرطا
في العقد الاول لكنه قد استوفى ذلك الشرط فجاز ان يسلم للبايع سوا كان ازيد او انقص في الكيل الثاني
بعد ان يحكم ان ذلك جملة التفاوت من قبل الكيل وصار كانه اشتراها مجازفة وقبض ثم تقايلا
وهذا على اصل زفر اظهر لان الاقالة عنده فسخ من كل وجه حتى قال اذا تقايلا الصرف ولم يتقابضا
حتى افترقا لا يبطل الاقالة لكن اصحابنا قالوا القبض في باب الصرف امر موكد لانه لا يجوز الا
مقبوضا وهو حق الشرع وقد يجوز البيع بغير كيل وهو حقهما فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الاجل
وان كان الاجل خالص حقهما فان من عليه الدين المؤجل اذا باع العبد من صاحب الدين وقبضه المشتري
ثم تقايلا البيع لا يعود الاجل كما لو اشترى العبد منه ولو كانت الاقالة فسخا لعاد الاجل
كما لو رد العبد بسبب العيب بقضا قاض او بخيار الروية كما ذكرنا في الشهادات ولان
الاقالة عقد جديد في الثالث فوجب ان يجعل في حق اشتراط الكيل كذلك لان التصرف
قبل الكيل حرم لحق الشرع كالافتراق في الصرف قيل لكن في حق الاجل لا يمكن ان يجعل فسخا
لان الاجل ان كان حقهما فليس من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه بل حق
عقد اخر ليس من حقوق هذا العقد والاقالة فسخ في حق الكل في حقهما وفيما يرجع
الى حقوق هذا العقد بخلاف الرد بخيار الروية والعيب لانه فسخ في حق الكل
في حقهما وفي حق الثالث فكذا في حق العقد الاخر وانما يجعل عقدا جديدا في حق الكل
ان لو كان الكيل من الشروط اللازمة للعقد وليس كذلك بل هو لتعيين المبيع فيما ورد

عليه البيع بشرط التقدير وليس هنا شرط التقدير نصا وانها تقع على ما تقع في البيع فيكون متعينا في
في الفسخ وصار كالرد بخيار الروية والعيب والشرط ولو اصابه ما في يد المشتري فازداد وكان رطبا
فليس في يده وانتقص وهو مثل ذلك ولا يحط عنه بسبب النقصان شي لما قلنا ان الكيل لم يعتبر
في الاقالة فلا تعتبر الزيادة والنقصان فان كان الما قد افسده ولم يعلم البايع بذلك وقت
الاقالة ورد جميع الثمن وان شا فسخ وعاد البيع الاول لانه تغير المعقود عليه واختل رضاه لانه
انما رضي بعود المبيع اليه غير معيب كما كان والمشتري بعد الاقالة بمنزلة البايع في ابتدا العقد وكذا
لو رد على البايع بعيب بقضا او بغير قضا اما الرد بقضا فهو فسخ في حق الكل واما بغير قضا
فهو فسخ في حقهما ما امكن فكان كالاقالة

باب البيع في الزيادة بالولد وغيره وما يقسم عليه الثمن

اصل الباب ان الولد الحادث من المبيع مبيع لانه من اجزا المبيع فيوصف بوصف
المبيع الا انه لا ياخذ قسطا من الثمن قبل ان يرد عليه القبض لانه تبع للمبيع والاتباع لا حصة
لها من الثمن الا عند حيرورتها اصلا وانما تصير اصلا عند ورود القبض عليه ويقسم الثمن
على الام والولد تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم القبض على ما ذكرنا في الابواب المتقدمة
واذا قسم الثمن عليها قسم بوصف السلامة لان السلامة مطلوبة فلان العقد تقتضي السلامة
وقد صار معقودا عليه الا انه اذا علم انه لا يطلب السلامة حينئذ يقسم الثمن على قول حالهما
والولد الخالص بعد القبض لا حصة له من الثمن فلا يرد بالعيب وان كان عيبا يعلم انه كان عند البايع
بان ولدت ولدا في يد المشتري لاقل من ستة اشهر وبه اصبع زائدة ولا يرجع بنقصان عيبه
ايضا ويمنع ويمنع رد الام بالعيب ولا يمنع الرجوع بنقصان عيب الام ويرجع المشتري
بنقصان العيب من جميع الثمن والمشتري متى قبض الجارية بغير اذن البايع وولدت في يده ولدا فلهذا
الولد حكم الولد الحادث قبل القبض ان نقض البايع قبضه واستردها ليحبسها لاستيفا الثمن وحكم
الولد الحادث بعد القبض ان نقد المشتري الثمن الا حتى نفذ القبض واجاز البايع القبض لان
قبضه موقوف بين ان ينتقض وبين ان ينفذ فاذا نقض ينتقض من الاصل فيصير كان لم يكن واذا
نفذ نفذ من الاصل وصار كانه قبض باذن البايع كالعقد الموقوف اذا اجازه المالك او نقض
وكالبيع بشرط الخيار واذا استرد البايع وانتقض قبضه يضمن نقصان الولادة اذا لم يكن بالولد
وفا وان كان به وفا لا يضمن وان كان به وفا ببعض النقصان يضمن ما زاد على الوفا لان المشتري
ابطل يدا مستحقة البايع وابطال يد مستحقة بغير حق موجب للضمان كابطال يد المرتهن وابطال يد
يد المالك والعين متى دخل في ضمانه يتقرر الضمان بفوات الجزء لا الى خلف وحرف اخر ان كل حق ثبت
في الاصل ثبوتا تاما موكدا سرى الى الولد ويحدث الولد على صفة الاصل لانه بعضه فيكون على صفته
الا ترى ان ولد الحرة حر وولد المكاتبة مكاتب وولد الامة رقيق وحق الحبس للمرتهن
اذا كان الولد محالة والضمان لا يسري الى الولد لان الضمان على الذي في ذمته
وليس بصفة للمضمون فلا يسري اليه كما لا يسري الجناية الا ترى ان ولد المغصوبة
امانة وهو ملك المالك كالاصل وقد ذكرنا الفرق بينه وبين ولد صيد الحرم و حق

وحق البايع في الحبس حق متاكد حتى لا يتمكن المشتري من مطالبته ويورث عنه فيسري الى الولد
للمرتهن في المرهون وحرف اخر ان الاجزا والاوصاف لا تضمن بالعقد لانه انما يضمن بالشرط
لا يتعرض لها وكذا العقد ويضمن بالقبض ولكن انما يضمن بالقبض الذي هو ملحق بالغصب والغصب
وانما يكون ملحقا بالغصب ان لو كان الملك فاسدا او مستحق النقض فلا يضمن في الملك الصحيح
لسقوط وصف التعدي في القبض فيه اذا عرفنا هذا قال محمد رحمة الله رجل اشترى جارية
قيمتها الف بالف حالة وقبضها المشتري قبل نقد الثمن بغير امر البايع فولدت ولدا يساوي مائة
ثم بلغت قيمته الفا ثم حضر البايع واراد ان يستردها يعطيه المشتري الثمن له ذلك اصله
ان المشتري لا يملك قبض المبيع قبل نقد الثمن اذا كان حالا وهو دين عندنا وهو احد قولي
الشافعي رحمة الله وقال في قول على البايع تسليم المبيع اولا لان ملك المشتري ثبت بالعقد
في العين وملك البايع دين في ذمة المشتري والملك في العين اقوى ووجوب التسليم بحكم الملك
وفي قول اخر قال يسلم كل واحد منهما بيد ويقبض بيد لان قضية المعاوضة التسوية فكما اقترن
ثبوت الملك لاحدهما بثبوت الملك للاخر فكذلك القبض كما في البيع المقايضة لكنا نقول قضية
المعاوضة التسوية وقد عين البايع حق المشتري في البيع فعلى المشتري ان يعين حق البايع
في الثمن ولا يتعين الثمن الا بالقبض فوجب تسليم الثمن ليصير عينا يعين تحقيقا للمعادلة التي
تقتضيها المعاوضة بخلاف بيع المقايضة فهناك حق كل واحد منهما متعين وهذا هو الجواب عن قوله
ان ملك المشتري اقوى فانا انما توجب عليه تسليم الثمن اولا لهذا المعنى وهو انه لما يقوى ملكه في المبيع
فعليه ان يسوي جانب البايع في الثمن بجانب نفسه ولا يكون ذلك الا بالتسليم وكذا لو نقده الثمن الا
درهما لان حق البايع في الحبس يتعلق بوصول الثمن اليه فما لم يصل اليه جميع الثمن لا يتم الشرط الا ان
يكون الثمن موجلا فحينئذ ليس له حبسه قبل حلول الاجل ولا بعده لانه قبله ليس له حق المطالبة وانما
يحبس المبيع بما له ان يطالب به من الثمن واما بعده فلان حق الحبس لم يثبت له باصل العقد
فلا يثبت بعد ذلك لانه يبقى بهذا العقد بما كان له من استحقاق اليد قبل البيع فاذا لم يبق ذلك
بعد العقد لا يثبت ابتدا بحلول الاجل فاذا كان له حق الحبس وقد قبضها المشتري
بغير اذنه فقد فوت حق الحبس عليه فكان له ان يستردها اعادة لحقه وله ان يسترد الولد
ايضا لما ذكرنا ان حق الحبس حق يشبه الملك وله تعلق بالمحل فيسري الى الولد بمنزلة
الرهن ولان المشتري صار بمنزلة الغاصب بابطال اليد مستحقة وللمغصوب منه ان ياخذ
الجارية والولد فكذا هذا فان لم ياخذهما البايع حتى نقد المشتري فقد سلم القبض له
لانه لو اخذهما يجب عليه الرد ثانيا وهذا لا يفيد فلا يجوز الاشتغال به ولان حق الاسترداد
للبايع ما كان لعينه بل ليعين المشتري حقه في الثمن فمتى عين لا يبقى له على المبيع سبيل فان
وجد المشتري بالجارية عيبا لم يردها ورجع بالنقصان على البايع من جميع الثمن وليس للبايع
ان يقول يردها علي ولا ادفع النقصان ولا ان يقول ادفع النقصان من حصة الام من الثمن
اما ليس للمشتري ان يردها لانه لما نفذ قبض المشتري من الاصل كان هنا ولدا

حاصلا بعد القبض فيمنع الرد بالعيب لما ذكرنا في الابواب المتقدمة واما الرجوع بالنقصان فلان
امتناع الرد ما كان من جهة المشتري وانما كان حقا للشرع لاجل الربا على ما ذكرنا فلا يمنع الرجوع بالنقصان
كما في صبغ الثوب وخياطته واما الرجوع بالنقصان من جميع الثمن لان الولد الحاصل بعد القبض
لا حصة له من الثمن فيكون جميع الثمن بازاء الام فصار كانه امتنع الرد حقا للشرع لا بسبب الولد
هذا اذا وجد بالام عيبا ولو وجد بالولد عيبا كان عند البايع لا يرد ولا يرجع بشيء من النقصان
لانه لا حصة له من الثمن فلا يستفيد بالرد شيئا الا ترى ان البايع لو ابرا المشتري عن الثمن ثم وجد
بالمبيع عيبا لا يرد لعدم الفائدة كذلك ههنا ولو لم ينقد الثمن استردهما البايع وقيمة كل واحد
منهما الف ثم نقد المشتري الثمن وقبضها وقيمة الولد الفان وقيمة الام الف ثم وجد بالام
عيبا ردها بثلث الثمن وان وجد بالولد عيبا رده بثلثي الثمن لان قبض المشتري لما انتقض
من الاصل وصار كان لم يكن كان هذا ولدا حادثا قبل القبض والولد الحادث قبل القبض لا يمنع
الرد بالعيب لورود القبض عليه فصار كان العقد ورد عليه ولهذا اخذ قسطا من الثمن الا ان
المعتبر في الانقسام قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم القبض وقيمة الام يوم العقد
نصف قيمة الولد يوم القبض فتنقسم اثلاثا وانما يعتبر القبض بعد نقد الثمن لانتقاض الاول
ولان القبض المستحق بحكم العقد ولو وجد بهما عيبا ردها بجميع الثمن وليس للبايع ان يحبس شيئا
من الثمن لاجل نقصان الولادة لانه انجبر بالولد لما استردهما لاستيفا الثمن انتقض قبضه
فصار كان الولد والنقصان حصل في يده ولو ماتت الام في يد البايع بعد ما اخذهما من
المشتري اخذ الولد بحصته ان شا لانه فات قبل القبض جميع ما هو المقصود بالعقد ولو فات
البعض كان له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فهذا اولى وانما ياخذ الولد بحصته من الثمن
لان الولد الحادث قبل القبض اذا بقي الى وقت القبض صار مقصودا عليه واخذ حصته من الثمن
وان اختار الترك لم يكن عليه من الثمن قليل ولا كثير ولا من نقصان الولادة اما الثمن فلان كله
قبل قبض الولد بازاء الام فاذا ماتت سقط جميع الثمن كما لو لم تلد واما نقصان الولادة فلانه
انجبر بالولد منه قبض الام مع الولد وبه وفا فصار كانه قبض الام سليمة ثم هلكت في يده
اولان قبض المشتري لما انتقض من الاصل صار كان لم يكن وان الولد حصل في يد البايع وماتت
الام في يده وان كانت الميتة هو الولد اخذ الام بجميع الثمن ان شا وانما يخير بسبب نقصان
الولادة لان النقصان وان حدث في يد المشتري فقد انجبر بالولد فصار رد الام على
البايع سليمة عن العيب فاذا مات الولد في يد البايع الان ظهر النقصان لفوات الجابر فيخير
وصار كما لو فقئت عينها في يد المشتري واختار ارشها فاخذها البايع لاستيفا الثمن فهلك
الارش في يده يخير المشتري لظهور النقصان فاذا اختار الاخذ ياخذ بجميع الثمن لان الثمن كله قبل
قبض الولد بازاء الام ولان باسترداده انتقض قبضه وصار كان لم يكن وجعل كانها ولدت
في يد البايع ولو ولدت في يد البايع حقيقة ومات الولد يخير المشتري بين اخذ الام بجميع
الثمن وبين الترك كذلك ههنا ولا شي عليه من نقصان الولادة لانجباره بالولد لما قلنا وكذا لو

وكذا لو اختار اخذ الام فماتت قبل الاخذ يسقط جميع الثمن ولو كان نقصان الولادة مائة درهم
وقيمة الولد خمسون درهما واخذهما البايع ومات الولد في يده وان شا المشتري اخذ الام بجميع
الثمن وان شا ترك لان قيمة الولد اذا كان خمسين ونقصان الولادة استرد البايع الجارية
والولد الا نصف النقصان فتاكد ذلك على المشتري فاذا مات الولد في يد البايع ظهر انه ما انجبر شي
من النقصان اوهلك الجابر في يد البايع كما لو استردها مع ارش العين فهلك نصفه في يد البايع
المشتري لظهور النقصان في يد البايع فكان ما ظهر من النقصان عيبا حادثا في يد البايع
فكان للمشتري الخيار كما لو تعيبت اخر فان اختار الاخذ ههنا بجميع الثمن لما قلنا وان اختار
تركها فعليه نصف عشر الثمن لما قلنا لان المشتري حبس من الجارية قدر خمسين درهما منها
نصار جميع الام وقيمتها الف على عشرين سهما كل سهم خمسون والثمن كذلك وقد رد المشتري
من الجارية تسعة اعشارها ونصف عشرها وحبس نصف عشرها فكان عليه حصة المحبوس من
الثمن وان كانت الام هي الميتة يخير المشتري لما قلنا فان اختار الاخذ اخذه وادى جزئين
من احد وعشرين جزا من الثمن لان لما بقي الولد الى وقت القبض واختار المشتري اخذه انقسم
الثمن على قيمة الام يوم العقد وهي الف وعلى قيمة الولد يوم القبض وهي خمسون فانقسم الثمن
على احد وعشرين جزا عشرون بازاء الام وقد سقط ذلك بهلاكها بقي في مقابلة الولد جزء من
احد وعشرين جزا من الثمن وقد تاكد عليه بنقصان الولادة جزء من احد وعشرين جزا فكان
جملة ما عليه جزئين من احد وعشرين جزا من الثمن وسقط عنه تسعة عشر جزا من احد و
عشرين جزا وان اختار الترك ادى جزا واحدا من احد وعشرين جزا وهو حصة النقصان فان قيل
اذا لم يقبض الولد وجب ان ينقسم الثمن على الام والولد فيكون الثمن كله بازاء الام لان الولد انما ياخذ قسطا
من الثمن على اعتبار القبض الذي له شبه بالعقد ولم يوجد فتكون حصة النقصان جزا من عشرين
جزا من عشرين جزا من الثمن قيل له نعم لكن لما ترك الولد فقد جعله اصلا في الفسخ ولن يكون
اصلا في الفسخ ولن يكون اصلا في الفسخ الا وان يصير اصلا في العقد فصار اصلا في العقد فانقسم
الثمن لكن يعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفسخ فصار حصة النقصان جزا من
احد وعشرين جزا وهذا كما قلنا في ولد المرهونة انه يعتبر قيمته يوم الفكاك لانه لم يرد عليه العقد ولا
ما له شبه بالعقد الا انه لما بقي الى وقت الفكاك صار مقصودا بالفكاك فيصير مقصودا بالعقد ضرورة وقيل
تاويل المسالة ان البايع احضر الولد وسلم ثم اطلع المشتري على عيبه ورده ولفظ الرد من محمد رحمه الله
يدل على هذا ولو ماتا جميعا في يد البايع فعلى المشتري نصف عشر الثمن وذلك خمسون درهما لانه لما مات
الولد تبين ان الثمن كله بازاء الام وان الولد كان لم يكن فيبطل اعتبار القسمة وانما يعتبر قدر النقصان
وهو نصف عشرها فيجب عليه نصف قيمة النقصان وهو خمسون درهما وذلك نصف عشر الثمن ولو لم
يمت واحد منهما وقبضها المشتري ثم وجد باحدهما عيبا له ان يرده بحصته من الثمن لانه بمنزلة
الولد الحاصل قبل القبض حتى لو وجد بالولد عيبا رده بجزء من احد وعشرين جزا لان حصة الولد
هذا القدر وان وجد بالام عيبا ردها بتسعة عشر جزا من احد وعشرين جزء من الثمن لان حصته

الام من الثمن كان عشرين جزءا من احد وعشرين جزءا وان وجد بها عيبا ردها بعشرين من
جزءا من احد وعشرين جزءا لان حصتها من الثمن ذلك ولو لم ينقد المشتري الثمن ولم يقبضها
حتى صارت قيمة الولد خمسمائة درهم في يد البائع ثم نقد المشتري الثمن وقبضها ثم وجد بالام عيبا
ردها بتسعة عشر سهما من ثلاثين سهما من الثمن لانه لما قبضها والمعتبر في الانقسام قيمة
الام يوم العقد وقيمة الولد يوم القبض وقيمة الام يوم العقد الف وقيمة الولد يوم القبض خمسمائة
فيقسم الثمن عليها اثلاثا الان بقدر خمسين درهما احتبس عند المشتري لانه لم يرد عنه ولا بد
له على البائع لان قيمة الولد في حق الانجبار انما يعتبر يوم قبضه البائع من المشتري لان بقبض
البائع يدخل الولد في ضمانه حتى لو هلك بعد ذلك في يد البائع يهلك مضمونا بالنقصان وانما
اعتبر قيمة الولد للانجبار يوم القبض لا يتغير الانجبار بعد ذلك بزيادة حدثت في يد البائع
لان المعنى من الانجبار البراءة عن الضمان وانما تستقيم البراءة فيما تناوله فعل الرد وذلك في القائم
وقت الرد لا في الحادث بعده الا ترى ان في الغصب اذا رد الجارية مع الولد وليس بالولد
وفاء بالنقصان يضمن قدر ما لم ينجبر بالولد وان ازدادت القيمة في يد المالك وانجبر النقصان
كذلك هنا فاجعل ذلك النقصان المتاكد سهما وصارت الام وقيمتها الف عشرين سهما والولد
وقيمته خمسمائة عشرة اسهم فصار الكل على ثلثين سهما عشرون بازاء الام وعشرة بازاء الولد
فاذا وجد بالام عيبا ردها بتسعة عشر جزءا من ثلثين جزءا من الثمن لانه كان بازائها عشرون
من ثلاثين الا انه احتبس عند المشتري قدر جزء فتاكد ثمن ذلك الجزء عليه وعتق الولد فيتاكد
عليه احد عشر جزءا من ثلثين جزءا جزء بازاء النقصان وعشرة بازاء الولد ولان الام وان كانت قيمتها
تسعمائة فهو في الحكم كانها تسعمائة وخمسين لان قدر خمسين انجبر بالولد فرق بين هذا
وبين ما اذا ابيضت عينها في يد المشتري او سقط سنها بعدما قبضها المشتري ثم استردها
البائع فانجلى البياض او نبت سنها في يده فان المشتري يبرا عن الضمان وانجبر النقصان وان حدث
الزيادة في يد البائع والفرق ان ثم زال الضمان وهو النقصان لان سبب النقصان العمى وبالانجلاء
تبين انه كان عطا وسبب الضمان في السن فساد المنبت وبالنبات تبين انه
لم يفسد فزال سبب الضمان ولهذا لو ورد على المالك مع هذه العيوب وضمن النقصان
ثم زال في يده فانه يرجع على المالك بما ادى اليه من الضمان لانه تبين انه لم يكن واجبا
اما هنا النقصان مستحق فلو ارتفع حكما انما يرتفع بقيام خلفه مقامه والخلف انما
يعتبر خلفا قائما مقام الاصل وقت الرد الى البائع لان الحاجة الى الخلف
تحقق عند الرد حتى يخرج من عهدة الواجب فيعتبر يوم الرد لا بعده ولهذا لا يعتبر
في باب الغصب ولو وجد بالغصب ولو وجد بالولد عيبا رده بثلث الثمن
وهو عشرة اجزاء من ثلثين جزءا لان ما يقابله من الثمن هذا القدر قال محمد رحمه الله وسوا
حدث العيب بالولد في يد البائع او في يد المشتري فرق بين هذا الولد وبين الام اذا حدث بها
عيب في يد المشتري حيث لا يرد بالعيب والفرق ان العيب اذا حدث في يد المشتري

المشتري في الام انما امتنع الرد لانه لا يفيد لانه لو رد كان للبائع ان يرد عليه لان حدث في
ضمان المشتري لان الام مضمونة عليه فما حدث من العيب في يده كان مضمونا عليه اما في
الولد الرد مفيد لانه لو رد لم يكن للبائع ان يرد عليه لان الولد كان امانة في يد المشتري لانه لم يصر
مقصودا بالقبض بغير اذن البائع الا ترى ان ولد المغصوب ما لم يتعد في يد الغاصب فهنا اولى
وانما لم يكن مضمونا عليه كان بمنزلة الوديعة حدث بها العيب في يد المودع ثم استردها المالك
ولا يعلم بالعيب ثم علم فلو رد على البائع لا يكون للبائع ان يرد عليه فكان الرد مفيدا ولو وجد بهما
عيبا ردهما بتسعة وعشرين جزءا من ثلثين لانهما يقابلهما من الثمن ذلك لما ذكرنا وما ذكرنا
من الانجبار بنقصان الولادة بالولد قول علمائنا الثلاثة وعند زفر والشافعي رحمهما الله
لا ينجبر النقصان بالولد اصله المغصوبة اذا ولدت في يد الغاصب وانتقصت بالولادة
وبالولد وفاء بالنقصان يرد الام والولد ولا شيء عليه من النقصان عندنا وعندهما يضمن
قدر النقصان اما على اصل الشافعي فلان عنده زوائد الغصب مضمونة فاذا كانت مضمونة
لا يمكن ان يجعل خلفا عن نقصان الاصل وعلى سبيل الابتداء قالا وجوب ضمان الاصل
قد تحقق بفوات جزء مضمون منها فلا يسقط الا بالاداء او الابراء ممن له الحق وقد انعدم
الاسقاط ممن له الحق ورد الولد لا يكون مؤديا للضمان لان الولد ملكه واداء الضمان بملك غيره
لان الضمان يملك غيره لان الضمان يجبر ما فات عليه وملكه لا يكون جابرا لملكه فلا يجوز
ان يكون الولد قائما مقام الجزء الفائت بالولادة لان الولد امانة في يده والفائت مضمون فكيف
تكون الامانة خلفا من المضمون الا ترى لو دخلها عيب اخر في يده وفي قيمة الولد وفاء بنقصان
ذلك العيب لم يكن الولد جابرا لذلك النقصان وكذا لو هلكت بالولادة او انجبر النقصان
بحدوث الزيادة في يد المالك ولو صلح هذا جابرا لا تفاوت بين الحدوث في يد الغاصب او
المالك كما في السمن ولهذا لو خرج ظبية وولدت في يده وبالولد وفاء بالنقصان فردهما الى
الحرم يجب عليه ضمان نقصان الولادة وشبه هذا بمن قطع قوائم شجرة انسان ثم نبت مكانها
اخرى وحصد بقلا او رطبة ثم نبت مكانها لان النابت ملك المضمون له بخلاف ما لو قطعت
يدها فاخذ ما لو قطعت يدها فاخذ الغاصب الارش فردها مع الارش ما تولد من ملك المضمون
له فامكن ان يجعل مؤديا للضمان بخلاف ما لو قلع سنها فنبت مكانه اخرى وصارت بمنزلة
ثم سمنت لانه انعدم سبب الضمان بارتفاع النقصان مشاهدة لا ان يكون مؤديا للضمان
او تبين به انعدام سبب الضمان لان السبب فساد المنبت لا مجرد القلع وقد تبين انه
ما افسد المنبت ولهذا لو كان نبات السن بعد الرد لم يجب على الغاصب شيء وهنا السبب وهو
النقصان قائم مشاهدة والولد لا يصلح ان يكون قائما مقام ذلك النقصان الا ترى ان الوفا بقيمته
لو حصل بعد الرد لم ينجبر به فكذلك قبله وحجتنا في ذلك انه انعدم سبب الضمان حكما والثابت حكما
كالثابت حسا او اقوى منه وبيانه ان الولد خلف عن الجزء الفائت بالولادة بطريق اتحاد السبب
وهو ان الولادة اوجبت فوات جزء من مالية الاصل وحدوث مالية الولد لانه وان كان

موجودا قبل الانفصال فلم يكن مالا بل كان عيبا في الام او كان وصفا لها وانما صار مالا مقصودا
بعد الانفصال الا ترى انه لا يقبل التصرفات المختصة بالمالية كالبيع لانه يحصل صفة المالية وان
كان موجودا قبله لا يلزم على ما ذكرنا الاعتاق ووجوب العشر والوصية به فانه يجوز هذه
التصرفات مع اختصاصها بالمالية لانا نقول الاعتاق يعتمد الرق لا المالية والجنين مرقوق
والوصية بما ليس بمال جائزة اذا كان بعرضية ان يصير مالا كما اذا اوصى بثمرة نخليه ولا ثمرة
عليها او اوصى بثمرة بستانه ابدا او اوصى بما له ولا مال له ثم حدث ووجوب الغرة نصا بخلاف
القياس على ان ذلك ضمان جناية لا ضمان مال بدليل وجوبها في الحر على ان هذه الاحكام انما ثبت
بعد الانفصال وبعد الانفصال هو مال واذا ثبت اتحاد السبب فنقول السبب الواحد متى اثر
في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا من النقصان لان حدوثه يتعلق بزوال الاول في ملكه
كان الثمن خلفا عن مالية المبيع له باتحاد السبب حتى لو شهد شاهدان عليه ببيع شيء
بمثل قيمته ثم رجعا لم يضمنا وكذا الارش خلف عن مالية اليد المقطوعة باتحاد السبب وكما ينعدم
النقصان اذا رد ذلك الجزء بعينه بان غصب بقرة فقطع جرانها ثم رد ذلك الجزء مع الاصل
فكذلك ينعدم النقصان برد الخلف لان الخلف عن الشيء يقوم مقامه عند فواته والدليل عليه
فصل السمن والسن فان الحادث هناك جعل خلفا عن الفائت باتحاد المحل لانه حادث في محل
النقصان وتاثير السبب في الخلافة اكثر من تاثير المحل فاذا جعل باتحاد المحل هناك الحادث
خلفا عن الفائت حتى يتقدم به سبب الضمان فهذا اولى وبهذا يظهر الجواب عن كلامه فانا
لا نجعل الغاصب مودياً للضمان برد الولد لكن نبرئه بانعدام سبب الضمان فانما ينعدم سبب
الضمان برد ملك المغصوب منه فيكون المردود ملكه يقرر هذا المعنى فان قيل كيف يستقيم
هذا والولد يبقى ملكا للمغصوب منه بعد انعدام النقصان ولو صح ما ذكرتم ينبغي ان لا يبقى ملكا
له كما في انجلاء البياض ونبات السن قلنا لانه في الملك لم يكن خلفا وانما كان مملوكا له لكونه متولدا
من ملكه وانه باق وانما كان خلفا في حكم الانجبار فلا جرم بعد ارتفاع النقصان لا يكون الولد
جابر النقصان وهو كالتراب خلف عن الماء في حكم الطهارة لا في الملك فبعد وجود الماء يبقى
التراب مملوكا له ولا يكون خلفا في حكم الطهارة وهذا لان جعلنا الولد خلفا عن الجزء
الفائت في حق الرد ورد الخلف يكون بملك المالك لا بملك الغير كالاصل وهذا لان الخلفية
في الرد بكون الغاصب رادا المقصود الى المالك وهذا انما يكون بملك المالك كما في السن والسمن
واذا ثبت هذا فيما اذا كان في قيمة الولد وفاء بالنقصان عند الولادة فكذلك اذا صار
فيه وفاء بعد الولادة قبل الرد لان حكم الخلافة باتحاد السبب لما انعقد فيه فما
الحادث فيه بعد انعقاد السبب يلتحق بالموجود وقت السبب كالزوائد في المبيع بعد
البيع قبل القبض يلتحق بالموجود وقت العقد لكن هذه الخلافة في حكم الانجبار ليكون رد
الخلف كرد الاصل وهذا ينتهي بالرد فالزيادة بعد الرد لا يجعل كالموجود عند السبب
كالزيادة في المبيع بعد القبض لا تعتبر في انقسام الثمن وهذا لان الخليفة باعتبار ضمان

ضمان الغصب والتسليم يسقط ضمان الغصب على انه يجوز ان ينجبر النقصان بالزيادة
الحاصلة في يد الغاصب ولا ينجبر بالزيادة الحاصلة في يد المالك كالسمن اما في السن نبيح ثم
انعدام سبب الضمان من حيث ان الحادث خلف عن الفائت باتحاد المحل من حيث الظاهر ومن
حيث المعنى عدم افساد المنبت وذلك يتحقق بعد الرد كما يتحقق قبله اما هنا انما نعدام سبب
الضمان باعتبار الخلف لا ينعدم من حيث المعنى لبقاء النقصان حقيقة لكن بقاء النقصان حقيقة
لا يوجب بقاء الضمان اذا وجد الجابر حكما. توضيحه انه هنا لا يشترط لايجاب الضمان بالقلع كون
الاصل في ضمانه عند القلع فكذلك لا يشترط لانعدام السبب بالنبات بقاء الاصل في ضمانه
بخلاف ما نحن فيه وفي قطع الزيادة حدثت في يد المالك فلا يمكن ان يجعل خلفا عن الفائت لان الشجرة
بمنزلة العقار ولهذا استحق بالشفعة فلا يتصور تفويت يد المالك فكانت الشجرة
باقية في يده فحصلت الزيادة في يده فلا يمكن جعله خلفا لان الخلف ما يكون في يد الغاصب
ليكون برده رادا للفائت معنى ولان الواجب ضمان غير ما ذهب به القاطع وهو الجزء المقطوع
وذلك لا ينعدم بنبات مثله حتى لو رد المقطوع او المحصود ونبت مكانه اخر لا يضمن شيئا
فالضمان وجب بالاستهلاك والمنع والزيادة حدثت بالنبات لا بالسبب الذي احدثه
في المقطوع ثم النبات ليس بسبب القطع بل ببقاء الشجرة الخضرة النامية والانجبار بحكم
اتحاد السبب واما اذا ماتت الام وبالولد وفاء فعن ابي حنيفة رحمة الله فيه ثلث روايات
وقد ذكرناه في الزكاة وهذا لان الام اصل والولد تابع فلا ينجبر الاصل بالتابع وينجبر النقصان
بالتابع كما في سجدتي السهو فانه ينجبر النقصان بهما فلو فسدت الصلوة لا ينجبر
الاصل بهما اما ولد ظبية الحرم فلان الولد ثمة مضمون فيكون مشغولا بضمان نفسه فلا
يمكن ان يجعل خلفا اما هنا الولد امانة فامكن ان يجعل خلفا ودليل كون الولد امانة في
الغصب مضمونا ثم ما ذكرنا في المناسك ولان الصيد لا يصلح ان يكون امانة فلا يحدث
امانة اما ولد المغصوبة يصلح ان يكون امانة فجاز ان يحدث امانة ولا حصولها في
يده ثمة ليس بشرط الضمان بدليل انه لو باع الظبية فولدت عند المشتري فلم يقدر
عليه ضمن البايع قيمة الولد ولو باع ولد المغصوبة وولدت عند المشتري ولم يقدر عليه
لا يضمن قيمته وتبين بهذا ان الامر ثبت حقا للصيد فيسري الى ولدها وفي الغصب
الضمان يجب لحق المالك لا لحق المأجود لانها امانة في يده باذن المالك وكذا بغير اذنه
كاللقطة وكما اذا هبت الريح بالثوب والقته في حجره والولد لم يحدث من المالك فلا يسري
الضمان ولهذا قلنا ان صيد الحرم اذا صال على انسان فقتله لا يضمن لان
الحق له وقد اسقط حقه بالابتداء والجمل اذا صال على انسان فقتله المصول عليه يضمن لان
الحق للمالك وما لكه لم ياذن له فالحاصل ان الفعل انما يعرف باثره ولهذا الفعل في هذا المحل
اثران فوقع فوقع التعارض فانعدم الضرر والنفع وكانه لم يوجد النافع والمفر بحكم التعارض

فان تقع النقصان فلم يوجد سبب الضمان فلا يجب الا ان الخلف ضربان حقيقي وهو ان يحل محل
الفايت حقيقة كالسن والسمن ولا يحتاج الى اتحاد السبب فيه وحكمي وهو ان لا يحل محل الفايت حقيقة
بل يقوم مقامه معنى كارش اليد والعين ويعتبر فيه اتحاد السبب ليصير رد الثاني رد الاول
معنى وهنا اتحد السبب لما بينا فيصير برد الثاني راد الاول معنى لا يلزم على هذا اذا غصب
عبدا وخصاه ونقص الخصي قيمته ثم ازدادت قيمته بالخصي فانه لا يجعل خلفا وكذا اذا غصبا عبدا
وعلمه حرفه ونقصته مشقة التعليم ثم ازدادت قيمته بالتعليم فانه لا يجعل خلفا وان اتحد السبب
لانا نقول الخصي ليس بزيادة ولين كان فهي غير معتبرة في نظر الشرع لانها بنا على رغبة فاسدة لظنهم انه يحل
لهم الخلوة مع النسا والنظر اليهن ولهذا لا يرغب فيه العقلا ومن له ديانة ومعرفة باحكام الشرع واذا
لم يكن ان يجعل خلفا واما تعليم الحرفة فلا يسلم له انه اتحد السبب بل اختلف لان السبب النقصان
مشقة التعليم وسبب الزيادة حذاقته وذكاوته وفهمه فاذا اختلف السبب لا يمكن ان يجعل خلفا
رجل اشترى عبدا بالف درهم حالة ولم ينقد الثمن حتى قبضه بغير امر البايع فاعور عنده ثم استرده
البايع منه حتى يعطيه الثمن ثم وجد به المشتري عيبا كان عند البايع يوم البيع او حدث عنده بعد البيع
قبل القبض الاول وحدث بعد الاسترداد فهو بالخيار ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا نقض
البيع واعطى البايع نصف الثمن اما الخيار فلانه وجد بالمشترا عيبا كان عند البايع ولم يرض به
فرق بين هذا وبينما اذا قبض باذن البايع فاعور عنده ثم وجد به عيبا قديما فاراد ان يرده ليس له
ذلك والفرق ان العيب الحادث عنده المشتري يمنع الرد بالعيب القديم اذا لم يرض به البايع وهنا رضي
دلالة لانه لما اخذه مع علمه بالعور في يد المشتري فقد رضي بهذا العيب دلالة لانه انتقض قبضه وصار
كان لم يكن كانه اشترى عبدا اعور بخمسماية ثم وجد به عيبا وثمة لم يوجد الرضا لا نصا ولا دلالة
فان قيل انما رضي البايع بقبضه لا لثمن لا للرد عليه قيل له نعم لكن لما رضي به مع علمه انه اذا هلك ينفسخ
البيع ويهلك عليه كان راضيا به دلالة فان اخذه اخذه بجميع الثمن لان الفايت وصف
والوصف لا حصة له من الثمن متى فات بافة سماوية وان رد اعطى نصف الثمن لانه احتبس عند
المشتري نصف العبد لان العين من الادمي نصفه فرق بين هذا وبينما اذا قبض العبد باذن
البايع واعور عنده ثم وجد به عيبا قديما واراد ان يرجع بنقصان العيب فقال البايع انا اخذ العبد
معيبا بالعيب الحادث عندك فرده عليه حيث سقط جميع الثمن وهنا سقط نصفه والفرق ان
المشتري متى قبض العبد باذن البايع فالعبد انما يدخل في ضمانه بالعقد لا بالقبض فان القبض حصل
باذن البايع والاوصاف لا تفرد بالبيع فلا تفرد بضمان فلا يتاكد على المشتري بسبب الفوت
شي من الثمن كالعور الحادث في ضمان البايع بافة سماوية فان العبد كان مضمونا عليه بالبيع
بالعقد فاما اذا قبض بغير اذن البايع فالعبد صار مضمونا عليه بالقبض والاوصاف تفرد
بالقبض الموجب للضمان اذ القبض الموجب للضمان قبض هو اتلاف والاوصاف تفرد بالاتلاف ثم
فتفرد بهذا القبض فتفرد بضمان القبض وهذا لان العيب قبل القبض لا حصة له من الثمن الا ترى

الا ترى انه لو اشترى عبدا فوجد به عيبا قبل القبض فصالحه من العيب على جارية كانت
الجارية زيادة في الاصل البيع ولم يكن عوضا عن العيب حتى كان الثمن منقسما على الجارية والعبد
على قدر قيمتهما حتى لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته من الثمن ولو كان الصلح بعد القبض كانت
الجارية عوضا عن العيب حتى لو وجد بها عيبا ردها بحصة العيب من الثمن وكذا
الوكيل بالشرا اذا وجد بالمشترا عيبا قبل القبض وابرا البايع عن العيب جاز ابراوه ولزم
الامر ولو وجد به عيبا بعد القبض ورضي به لزمه دون الامر لان قبل القبض لم يجب للعيب حصة
من الثمن وبعد القبض وجب حصة العيب على البايع واسقاطه في حق الموكل لا يصح والمعنى
فيه ان قبل القبض لم يرد عليه العقد ولا ما له شبه بالعقد اما بعد القبض ورد عليه ما له شبه
بالعقد وهو المنع فان البايع يصير مانعا وصف السلامة والمنع سبب الضمان كمنع ولد المغصوب
والثوب الذي هبت به الريح والقته في حجره فان قيل لو صار مضمونا على المشتري بالقبض يجب
ان يكون مضمونا بالقيمة كما لو كان مكانه غصب قيل له نعم لكن ضمان الثمن فيما بين البايع
والمشتري قايم مقام القيمة باقامتهما كالبايع اذا فقا احدى عيني العبد سقط عن المشتري
نصف الثمن لان الاوصاف تفرد بالاتلاف الا ان الضمان الثمن في حق البايع قايم مقام القيمة
فيضمن نصف الثمن وان فعل الاجنبي يضمن نصف القيمة واستشهد محمد رحمة الله فقال
الا ترى انها لو كانت جارية فقبضها قبل نقض الثمن بغير اذن البايع ووطيها ولم ينقصها
الوطي ثم اخذها البايع لاستيفا الثمن ثم وجد المشتري بها عيبا كان عند البيع له ان يردها
ولا شي عليه من قبل الوطي اما الرد بالعيب فلان ضمان البايع ووطي المشتري لا يمنع الرد بالعيب
القديم اذا رضي به البايع واما عدم تاكد شي من الثمن فلانه لم يحبس شيا من المبيع بالوطي اذا لم
ينقصها الوطي فان قيل لا بل حبس جزا مقصودا من المبيع وهو الما ولهذا لا يملك الرد الا برضاه
قيل له نعم حبس جزا يتضرر البايع بفواته فلا جرم لا يملك الرد الا برضاه لكن ذلك الجز ليس بمال
فلا يكون مبيعا بخلاف العور فانه حبس بصر العبد الا ترى انها لو ماتت في يد البايع لا شي على
المشتري من الثمن ولا من العقر لان البايع صار مستردا لها ومنع المشتري منها ولم يتلف
بالوطي شي من ماليتها لان المستوفى بالوطي ليس بمال والثمن بمقابلة ما هو مال ولا عقر عليه لانه
وطيها في ملكه فلا يلزمه العقر قال الا ترى انها لو كانت جارية وولدت في يد المشتري ولدا من غير
البايع واخذها البايع لاجل الثمن فمات الولد في يده فان شا اخذ الام بجميع الثمن وان شا
ترك لنقصان الولادة لان نقصان الولادة وان حصل في يد المشتري لكن رد الولد
معها انجبر ذلك النقصان انما كان الولد وافيا فكانه ردها سليمة فاذا هلك الولد
ظهر النقصان المنجبر في يد البايع فكان له الخيار تبين بهذا ان العيب متى سقط اعتباره
اما بوجود الجابر او رضي البايع لا يمنع الرد بالعيب القديم ولو لم يمت الولد ولكن المشتري
وجد بالجارية عيبا قبل ان يقبضها من البايع بعد ما اخذ البايع منه ان
عيبا كان عند البايع او حدث في يد البايع بعد الاسترداد ليس له ان يرد الام وحدها بل

بل يردها لو عكسهما لان الولد اذا بقي الى وقت القبض صار مقصودا فصار كانه اشترى شيئين ثم وجد باحدهما عيبا قبل القبض ليس له ان يرد المعيب وحده لانه تفريق الصفقة على البايع قبل التمام وان كان عيبا حادثا في يد المشتري ليس له حق الرد اصلا بل يجبر على اخذهما اما الام فلانه لو ردها على البايع كان له ان يردها عليه على ما ذكرنا واما الولد فلوجهين احدهما انه لم يجد به عيبا والثاني انه لا حصة له من الثمن قبل القبض وان وجد بالولد عيبا لا يرد سوا كان عيبا قديما بان كان به اصبع زائدة او حدث في يد البايع او المشتري لما ذكرنا ولو نقد الثمن وقبضها ثم وجد باحدهما عيبا يرده بحصته من الثمن ان كان العيب به يوم البيع او حدث في يده بعد الاسترداد لانه تفريق الصفقة بعد التمام وان كان عيبا حادثا في يد المشتري وان علم البايع به عند الاخذ لان الرضا بالعيب الحادث عند المشتري يطلق الرد بالعيب القديم لا بالعيب الحادث عند المشتري وان كان العيب بالولد يرده احدث في يد البايع او في يد المشتري على ما ذكرنا ثم وطي المشتري الجارية على وجهين اما ان كان القبض بعد نقد الثمن او قبله باذن البايع او كان قبله بغير اذن البايع وكل وجه على وجهين اما ان كانت ثيبا ولم ينقصها الوطي او كانت بكرا ونقصها الوطي ففي الوجه الاول ليس له ان يردها بالعيب بغير رضى البايع عندنا بكرا كانت او ثيبا وعند الشافعي رحمه الله ان كانت بكرا فكذلك وان كانت ثيبا فله ان يردها ولا يغرم بالوطي شيئا وقال ابن ابي ليلى يردها بكرا كانت او ثيبا ويرد معها عقرها وعقرها عشر قيمتها ان كانت بكرا او نصف عشر قيمتها ان كانت ثيبا وجه قول الشافعي رضي الله عنه انه قادر على ردها كما قبضها فله ان يردها كما قبل الوطي وهذا لان وطي الثيب لا يوجب نقصا لا في عينها حقيقة ولا حكما وانما هو استيفا منفعة بمنزلة الاستخدام بخلاف ما اذا كانت بكرا فان الوطي يفوت جزا منها فان صفة البكارة بمنزلة جزء من عين هو مال متقوم ولهذا يستحق بالبيع شرطا بخلاف ما اذا شرط انه لم يكن وطيها والدليل عليه ان وطي البكر يمنع بيع المرابحة عن غير بيان ووطي الثيب لا يمنع ولو كانت ذات زوج فوطيها الزوج عند المشتري فان كانت بكرا فليس له ان يردها وان كانت ثيبا له ذلك والبايع اذا وطي المبيع قبل التسليم فان كانت ثيبا لم يسقط شي من الثمن ولا يتخير المشتري عند ابي حنيفة بخلاف ما اذا كانت بكرا فبهذه الفصول تبين ان الوطي بمنزلة الاستخدام وكما ان الوطي لا يحل الا في الملك ثم لا يمتنع بسببه الرد بالعيب • وحجتنا اجماع الصحابة فقد قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما لا يردها بعد الوطي وقال عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما يردها ويرد معها عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصف عشر قيمتها ان كانت ثيبا فقد اتفقوا على ان الوطي لا يسلم للمشتري مجانا فمن قال يردها ولا يرد معها شيا فقد خالف اقاويل الصحابة وكفى باجماعهم حجة ثم هم مجمعون على ان الوطي بمنزلة الجناية الا انه كان من مذهب عمر وزيد رضي الله عنهما ان المشتري اذا جنى على المبيع ثم علم بعيب يرده مع الارش

الارش ففي الوطي مجانا نحو ذلك وعلي وابن مسعود رضي الله عنهما يقولان لا ترد بعد الجناية فكذلك الوطي وبالاجماع بيننا وبينهم الجناية تمنع الرد فكذا الوطي وهو المعنى في المسالة الوطي بيان فيه مسلك الجناية فيمنع الرد والدليل عليه ما بينا من اتفاق الصحابة رضي الله عنهم والدليل عليه ان المستوفي بالوطي في حكم جزء من العين فان المستوفي بالوطي ما يملك بالنكاح والمملوك بالنكاح في حكم العين وابدا لا يملك الا مؤبدا واستيفاؤه في غير الملك لا ينفك عن عقوبة او غرامة واستيفا المنفعة تنفك عن ذلك والمستوفي بالوطي مصون عن الابتذال حتى لا يجوز استيفاؤه بالبدل بدون الملك والمصون من الادمي نفسه واجزاؤه لا منافعه فالمنفعة تبتذل من الادمي كغيره واذا ثبت انه جزء من العين فاستيفاؤه كاستيفاء جزء بالجناية وذلك يمنع الرد بالعيب دل عليه ما اذا كانت بكرا ولان الرد فسخ العقد من الاصل حتى يرد على بايعه ويرجع على البايع فيه لو كان موهوبا فلو رد تبين ان وطيه اياها كان في غير الملك وانه حرام فللتحرز عنه قلنا لا ترد والوطي في غير الملك بمنزلة تناول جزء من العين حتى لا ينفك عن عقوبة او غرامة وبهذا فارق بيع المرابحة لانه لا يتبين بالبيع ان فعله كان في غير الملك ولان ذلك كان في حكم الجزء ايضا لكن جزء هو ثمرة لما لم يتمكن به نقصان في العين وذلك لا يمنع بيع المرابحة فانه لو تناول لبن الشاة واعلفها بقدره كان له ان يبيعها مرابحة بخلاف وطي الزوج عند المشتري لان ذلك حصل بتسليط البايع وايجابه له بالنكاح فجعل كفعل البايع بنفسه بخلاف ما اذا كانت بكرا فان النكاح يوجب الوطي للزوج لا صفة البكارة فيصير اصل الوطي مضافا الى البايع ولا يصير زوال صفة البكارة مضافا اليه فكانها ذهبت عند المشتري بغير صنع احد او بصنع انسان وذلك يمنع الرد وكذلك وطي البايع قبل التسليم فثبوت الخيار للمشتري وسقوط شي من الثمن اذا كانت بكرا باعتبار صفة البكارة دون الوطي وهذا لان الوطي استيفا جزء هو ثمرة لما بينا وذلك لا يوجب الخيار للمشتري كتناول الثمار واللبن الا ان ذلك مال متقوم يقابله جزء من الثمن اذا صار مقصودا بتناول البايع وهذا الجز ليس بمال ولا يقابله شي من الثمن ثم المنفعة قبل التسليم في ضمان البايع في حكم الوطي انما يصير مملوكا للمشتري بالقبض لان الوطي تصرف وملك التصرف انما يثبت ولهذا بالقبض لا يجتزى بالحيضة التي توجد قبل القبض من الاستبرا فلهذا يجب العقر على البايع اذا وطيها بخلاف الاستخدام فالمنفعة ليست في حكم جزء من العين ولكنها اعراض تحدث شيئا فشيئا وانها تبتذل ويجوز استيفاوها في غير الملك وتخلو عن عقوبة او غرامة اكثر ما فيه ان بالرد تبين انه استخدمها في غير ملكه وذلك لا يوجب عليه شيا فلهذا لا يمنع الرد بخلاف الوطي واذا لم يرجع بنقصان العيب لان الجزء الفايت صار مستحقا للمشتري وقد تعذر تسليمه عليه فترد حصته من الثمن لانه صار مقصودا بالمبيع ولان الرد امتنع لحق البايع ولهذا لو رضي به يرد وفي مثله يرجع بالنقصان لما ذكرنا ولان العيب ما يعد التجار

عيبا في حق البايع في عرفهم الا ترى ان الخال في موضع يستحسن لا يكون عيبا وفي موضع
يستقبح يكون عيبا فالزنا في الجارية يكون عيبا وفي الغلام لا لتعارف الناس ولانه لا
يستوي الجواب فيهما لان كل واحد منهما حرام وانما قلنا ان الوطي عيب في حق البايع
اما اذا كان حراما فلا شك لانه ردها بعيب الزنا ويوجب ذلك تعييب الفراش واما
وطي المشتري فلانه يرد عليه جبرا جارية موطوءة وذلك اوحش لقلبه مما اذا رد عليه جارية
معيبة بخلاف الاستخدام لان الرجل قد يستخدم اصحابه وجيرانه ولا يعد ذلك عيبا
ولا عار عليه وليس هذا كما اذا رضي البايع لانه لا عار عليه لانه قبلها باختياره عن طيبة
نفس منه كانه اشتراها وبخلاف في التزويج لان البايع رضي به رجل اشترى جارية قيمتها
الف بالف درهم جياد وقبضها قبل نقد الثمن بغير اذن البايع فولدت في يده ولدا
قيمته ماية فزادت قيمته في يده وصار الفا ثم اخذ البايع الام دون الولد فصارت
قيمة الولد في يد المشتري بعد اخذ الام الفي درهم ثم نقد المشتري الثمن وقبض الام
فوجد به عيبا ردها بحصتها من الثمن وهو ان يقسم الثمن على قيمة الام يوم العقد وقيمة
الولد بعد اخذ البايع الام فيردها بنصف الثمن قال الشيخ الامام الزاهد المعروف بخواهر
زاده رحمه الله تاويل المسالة اذا طلب البايع الولد من المشتري فمنعه المشتري وقال
هكذا حكي عن مشايخ بخارى وبلخ فان قيل وجب ان لا ترد الجارية بالعيب لان الولد حدث
في قبض المشتري حقيقة والبايع لم ياخذ الولد حتى يصير في التقدير كانه حدث في
البايع والولد الحادث بعد القبض يمنع رد الام بالعيب والدليل عليه انه لو وجد بالولد
عيبا ليس له ان يرده بالعيب ولو صار في التقدير كانه حدث في يد البايع كان له حق الرد
بالعيب قيل له هذا الولد يشبه الولد الحادث بعد القبض من وجه ويشبه الولد الحادث
قبل القبض من وجه اما بعد القبض فلما قال من عدم رد الولد واما قبل القبض لانه حدث
في يد المشتري في حال استحق البايع نقض قبضه فان للبايع ان ينقض قبض المشتري
في الام والولد فصار من هذا الوجه قبض المشتري وجوده وعدمه بمنزلة لما مر
في الابواب المتقدمة ان يد صاحب الدين بمنزلة حتى صار صاحب اليد اسوة الغرما
فعملنا بهما فمن حيث انه يشبه الولد الحادث بعد القبض لا يرد الولد بالعيب ومن
حيث انه يشبه الولد الحادث قبل القبض يرد الام بالعيب ولانا ذكرنا في اصل الباب
ان قبض المشتري موقوف فان نقد الثمن قبل الاسترداد بعد قبضه من الاصل وكان
الولد حادثا بعد القبض وان استرد بطل القبض وصار الولد حاصلا قبل القبض وهنا
انتقض القبض في الام وتقرر في الولد فمن حيث انه تقرر في الولد من
الاصل يشبه الحادث بعد القبض ومن حيث انه انتقض في الام يشبه الحادث
قبل القبض فمن حيث انه حادث بعد القبض يمنع رده بالعيب ومن حيث انه حادث قبل القبض
لا يمنع رد الام بالعيب وهذا لان الرد انما يرد على ما ورد عليه العقد والقبض والولد لم يكن

لم يكن موجودا عند العقد ولا عند القبض في الام كان الولد حدث عند البايع حتى لا يبطل حق
المشتري بالرد فيها ويجعل في حق نفسه كانه حدث عند المشتري لان قبض الام قد
انتقض وقبض الولد لم ينتقض فترد الام بحصتها من الثمن ويكون للولد حصة من الثمن
متى وجد في حق الولد سبب الضمان من المشتري وقد وجد هنا وهو منعه الولد من
البايع بعد الطلب لان المنع سبب الضمان على ما ذكرنا لكن يجب الثمن دون القيمة
لما قلنا ان ضمان الثمن فيما بين المتعاقدين بمنزلة ضمان القيمة وقيمة الولد بعد المنع الف
مثل قيمة الام يوم العقد فيقسم الثمن عليهما بالسوية وترد الام بنصف الثمن فان رد الام
بنصف الثمن ثم وجد بالولد اصبعا زائدة ونقصت من قيمته باعتباره خمسماية تنتقض
تلك القسمة لانه تبين ان الخطا في القسمة الاولى وظهر ان الثمن انقسم عليهما اثلاثا
لان قيمة الولد يوم المبيع نصف قيمة الام يوم العقد وقد وصل الى المشتري برد
الام نصف الثمن فيرجع على البايع بما بقي من حقه وهو سدس الثمن ليتم له الثلثان فاما
فلا يرده بالعيب ابدا ولا يرجع بنقصان عيبه لانه ليس له حصة من الثمن ولو كان البايع
قبضهما ثم نقد الثمن المشتري وقبضهما وقيمة الام الف ثم وجد بالام عيبا ردها بثلث
الثمن لان قيمة الولد يوم القبض ضعف قيمة الام يوم العقد فان وجد بعد ذلك
بالولد اصبعا زائدة وصارت قيمته لاجل ذلك الفا لا تنتقض تلك القسمة ويرد الولد
بثلثي الثمن ان شا الثمن ان شا فرق بين هذه المسالة وبين المسالة الاولى فان ثمة بظهور
العيب في الولد تنتقض القسمة وهنا لم تنتقض والفرق وهو ان القياس يقتضي انقسام
الثمن على قيمة الام والولد على ما هو قيمتهما من حيث الحقيقة في المواضع كلها كما لو كان المشتري
عالما بالعيب في احدهما وقت الشرا ووقت القبض وقبضهما يقسم الثمن عليهما على ما هو
قيمتهما من حيث الحقيقة لا على قيمتهما وهما صحيحان فكذا في حالة الجهل لكن تركنا هذا القياس
في البيع وفيما كان ملحقا بالبيع اذا كان المشتري لا يعلم بالعيب وقت البيع والقبض فان العرف
فيما بين الناس انهم يقصدون شرا الصحيح وكل من يشتري شيئا ويقومه المقوم قائما
يشتريه ويقومه على اعتبار كونه سليما ولهذا ثبت حق الرد بالعيب ولا يمنع العيب تمام الصفقة
لتمام الرضا باعتبار دخوله في العقد سليما ظاهرا والمعروف كالمشروط فصار كان المشتري شرط
الصحة والسلامة وقت الشرا واذا كان الثمن يقسم عليهما على قدر قيمتهما صحيحان
لا على حقيقة حالهما ثم تتغير القسمة بعيب يوجد في احدهما لانه لا يظهر الخطا في القسمة
ففي المسالة الثانية وجد من المشتري في حق الام العقد وفي حق الولد ما له شبه بالعقد
وهو القبض فصار ملحقا بالبيع والبيع اذا ورد على شيئين ينقسم الثمن عليهما باعتبار قيمتهما
وهما صحيحان وكذا فيما صار ملحقا به وفي المسالة الاولى لم يوجد البيع ولا ما له شبه بالبيع فلا
يلحق به فانه لم يوجد من المشتري في الولد الا المنع بعد الطلب وانه ليس بملحق بالبيع بل سبب
للضمان بمنزلة الغصب فوجب اعتبار القياس ان ينقسم الثمن

على الام والولد من حيث الحقيقة واذا انقسم الثمن على ما هو حقيقة حالهما وهو القيمة
يجب اعادة القسمة وهنا لان الضمان انما يجب بالمنع وهو لم يمنع الا المعيب فلا يقوم
عليه السليم وهنا لانه اذا استردها يتمكن المشتري من ردها فيصل الى جميع حقه فلا
يتضرر وهنا لا يتمكن من رد الولد اصلا فلو لم تعتبر الحقيقة يبقى الولد المعيب في ملكه
بدل السليم وانه ضرر في حقه استشهد محمد فقال الا ترى انه لو اشترى جاريتين قيمة كل واحدة
منهما الف وقبضهما ثم وجد باحديهما عيبا فانه يردها بنصف الثمن لاستوا قيمتهما وان وجد بالاخرى
عيبا بعد ذلك وقد باعها او رضي بعيبها كانت حصة التي رد النصف كما كانت وان كان بين
العيبين تفاوت حتى لا يرجع بشيء على البايع بمقابلة المردودة لانه انما اشتراهما على شرط
الصحة عرفا فانقسم الثمن باعتبار قيمتهما وهما صحيحتان اورد هذه المسالة ليبين ان الجواب
في الشرى كذلك فكذا فيما هو ملحق به وهو القبض هنا اذا استرد البايع الام دون الولد فان
اخذ الولد وقيمته الف ولم يسترد الام فصارت قيمته في يد البايع الفين ثم نقد المشتري
الثمن واخذه فوجد به عيبا رده بثلثي الثمن لان البايع لما اخذ الولد انتقض قبض المشتري فيه
من الاصل فصار كانه لم يكن قبضا وكان الولد حدث في يد البايع ولو حدث في يد البايع وقبضه
المشتري ينقسم الثمن على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم القبض وقيمة الام
يوم العقد الف وقيمة الولد يوم القبض الفان فانقسم الثمن عليهما اثلاثا فصارت حصة
الولد ثلثي الثمن فرده بذلك فرق بين هذا وبينما اذا اخذ البايع الام دون الولد والفرق
ان ثمة الولد يشبه الولد الحادث بعد القبض على ما ذكرنا وهنا لا يشبه لانه متى اخذ البايع الولد
انتقض قبض المشتري من الاصل فان قيل انتقض القبض فيه حقيقة لكن القبض في الام باق
فاذا نقد الثمن نفذ القبض في الام واستند الى وقت القبض فظهر ان الولد حدث بعد قبض
المشتري فينبغي ان لا يرد له ثم بعد قبض المشتري في الجارية لكن بطريق الاستناد
لا بطريق التبيين والمستند يثبت في الحال اولا عند نقد الثمن ثم يستند الى اول القبض لانه
صفة كالاجازة في العقد الموقوف والصفة لا تقوم بنفسها وانما تقوم بالموصوف فكذلك هنا
حين نفذ القبض في الجارية كان قبض المشتري منقضيا في الولد فلم ينفذ القبض في
حق الولد في الحال حتى يستند الى اول القبض فبقي حادثا قبل القبض والقبض موجود في حق الجارية
للحال فيستند الى اول القبض هذا اذا وجد بالولد عيبا فان وجد بالام عيبا فهذا على وجهين
ان كان بعد ما رد الولد على البايع بالعيب له ان يرد الجارية بحصتها من الثمن لان
نقصان الولادة انجبر بالولد اذا كان به وفا بالنقصان وان كان لم يرد الولد بالعيب
ورضي بعيبه ليس له ان يرد الام لان نقصان الولادة عيب حادث في يد المشتري فيمنع
الرد بالعيب القديم الا اذا رضي البايع او انجبر بالولد لانه صار عدما حكما فلم يبق المانع اما اذا لم يرد الولد
بقي النقصان والعيب فيمنع الرد اشار في الكتاب بحيث قال لم يردها لما حدث فيها من الولادة بخلاف ما تقدم من
المسائل فان في تلك المسائل على المشتري رد الام بدون الولد وان حدث المعيب عنده لانه

لانه ثمة رضي البايع بالنقصان حيث اخذ الام مع النقصان لاستيفا الثمن وهنا لم ياخذ الام فلا
يصير راضيا واذا تعذر رد الام يرجع عليه بنقصان العيب من حصة الام من الثمن فان قال
البايع انا اقبل الام مع النقصان وارد ثلث الثمن له ذلك لان امتناع الرد كان لحقه فاذا رضي به سقط حقه
فيرد عليه والله اعلم

باب اختلاف البايع والمشتري في هلاك ما اشترى قبل القبض او بعده

اصل الباب ان البايع مع المشتري اذا اختلفا في هلاك المبيع قبل القبض وبعده انه لم يكن لهما بينة فالقول
قول من يشهد له الظاهر وان قامت لاحدهما بينة قبلت بينته وان قامت لهما بينة فالبينة بينة
من يشهد له الظاهر لا اكثر اثباتا وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما تاريخا وان كان
حكمها اضعف لانه اثبت الحكم في وقت لا ينازعه صاحبه والترجيح اولا بالسبق فان لم يكن فبزيادة
الاثبات اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى من رجل جارية بالف درهم ولم ينقد الثمن
حتى ماتت فاقام البايع بينة ان المشتري قبضها وماتت في يده واقام المشتري بينة انها
ماتت في يد البايع قبل قبضه فالبينة بينة البايع وعلى المشتري الثمن وان لم يكن لهما بينة فالقول
قول المشتري اما الاول فلان الظاهر شاهد له لانه ادعى ان الجارية هلكت في ضمان البايع وقد عرف
كونها مضمونة على البايع فكان المشتري متمسكا بما عرف ثبوته فكان الظاهر شاهدا له ولانه ينكر
استيفا المعقود عليه ولزوم الثمن فان قيل الظاهر شاهد للبايع من وجه اخر لانه يدعي بقا
العقد وبقا الثمن على المشتري وقد عرف ثبوتهما من قبل فكان الظاهر شاهدا للبايع من هذا
الوجه قيل له نعم الا ان مقصود البايع من الدعوى براة نفسه عن ضمان الجارية وتاكد الثمن على
المشتري ومقصود المشتري من الدعوى بقا ضمان الجارية على البايع وعدم تاكد الثمن على نفسه
فكان باعتبار المقصود الظاهر شاهدا للمشتري واما البينة بينة البايع لان الظاهر لم يشهد
له ولان المشتري لا يدعي في الحاصل حقا له على البايع والبايع يدعي عليه حاصلا وهو تاكد الثمن
ومطالبته به فكان البايع مدعيا والمشتري منكرا ولو انهما ادعيا القتل على هذا الوجه فقال البايع
قتلها المشتري بعد البيع وقال المشتري قتلها البايع قبل القبض فكذلك الجواب لان قتل المشتري
الجارية قبض فكان دعوى البايع القتل كدعواه انه قبضها وماتت في يده وقتل البايع قبل القبض يوجب
انفساخ البيع وسقوط الثمن عن المشتري فكان دعواه القتل على البايع ودعواه انها ماتت
في يده سوا ولان المشتري لا يدعي بهذا ضمانا على البايع بل يدعي سقوط الثمن عن نفسه وهو
في الحقيقة نفي وانكار لتوجه المطالبة عليه بالثمن فكان البايع هو المدعي على الحقيقة
في حق الثمن ويدعي القبض ايضا على المشتري فكانت بينته اولى بالقبول هذا اذا
لم يورخا اما اذا ارخا القتل بان اقام المشتري البينة ان البايع قتلها بعد البيع بيوم
واقام البايع البينة ان المشتري قتلها بعد البيع بيومين فالبينة بينة المشتري والبيع
منتقض ولا سبيل على المشتري لان بينة المشتري اسبقهما تاريخا فكان القضا بها اولى
رجح بينة المشتري هنا بالسبق وان كان بينة البايع اكثر اثباتا وقد ذكرنا قبل هذا في الباب
الاختلاف في الخيار في البيوع اذا باع عبدا على انه بالخيار ثلاثة ايام وقبضه المشتري ثم

ادعى المشتري أن البايع قتل العبد في الايام الثلث وصار مستردا للعبد واقام البينة
على ذلك وادعى البايع ان المشتري قتله بعد الايام الثلاثة وتم البيع بينهما واقام البينة
على ما ادعى ان البينة بينة البايع لانها اكثر اثباتا وان كان بينة المشتري اسبق وطعن
عيسى بن ابان رحمه الله وقال لا يصح الفرق بين المسالتين ويجب ان يكون الجواب فيهما سوا فاما
ان يعتبر الترجيح بالسبق لا بزيادة الاثبات كما ذكر هنا او زيادة الاثبات كما ذكر ثمه اما الفرق
لا يصح ووجه الفرق لمحمد رحمه الله وهو ان في تلك المسالة بينة المشتري قامت في غير محلها
لانها غير مثبتة لانها قامت على اثبات براة عن ضمان القيمة فبراة عن ضمان القيمة ثابتة باقرار
البايع ان المشتري قتله بعد الايام الثلاثة فكانت قائمة على اثبات ما هو ثابت باقرار خصمه فكان
قائمة في غير محلها فكانت باطلة وبينة البايع قامت في محلها لانها قامت مثبتة فانها تثبت
ضمانا حادثا على المشتري وهو الثمن فما استويا في الاقامة ليترجح بالسبق اما هنا بينة المشتري
قامت في محلها لانها قامت مثبتة لانه يثبت ما ليس بثابت وهو براة عن الثمن وهذا لم يكن ثابتا باقرار
خصمه وهو البايع فكانت قائمة في محلها الان بينة البايع اكثر اثباتا وبينة المشتري اسبق
فكان الترجيح بالسبق اولى بدليل الاجماع والمعقول اما الاجماع عند في يد رجل تنازع فيه اثنان احدهما
يدعي هبة من ذي اليد وقبضها وادعى الاخر الشرى واقاما البينة ولم يورخا فالبينة بينة المشتري
لانها اكثر اثباتا لانها تثبت ملكا بعوض وان ارخا وتاريخ بينة الهبة اسبق يقضى بالهبة
والمعقول وهو ان السابق بالتاريخ يثبت حقا في وقت لا ينازعه صاحبه ولا يعارضه والبينة
اذا خلت عن المعارض يجب قبولها واذا قبلت في ذلك الوقت قبلت في الاوقات كلها ضرورة وان كان
بينة الاخر لما كانت اكثر اثباتا فبقدر الزيادة وجدت بلا معارض فوجب ان يقبل في قدر
الزيادة فيقبل في الثاني ضرورة قيل له نعم لكن السابق في ذلك الوقت لا معارض لها
فقبلت واذا قبلت لم تقبل الاخرى ضرورة وان لم يكن لها معارض بقدر الزيادة بخلاف
ما اذا استويا في الوقت لانه لا معارض للمثبتة للزيادة وكذا لو اقام احدهما البينة
على البيع والاخر البينة على الرهن والقبض كان البيع اولى ولو لم يقيما البينة على القتل واقاما
البينة على الموت على هذا الوجه اقام المشتري البينة انها ماتت في يد البايع بعد البيع بيوم
واقام البايع البينة ان المشتري قبضها بعد البيع بيومين فماتت في يده فالبينة بينة المشتري
ايضا لانها تثبت الموت في زمان سابق فكان اولى كما في القتل رجح بينة المشتري بالسبق
وان كانت بينة البايع اكثر اثباتا وذكر فيما ذكرنا من الباب ووضع المسالة في الخيار وجعل
البينة بينة فيثبت الموت بعد الثلاث لانها اكثر اثباتا وان كانت بينة الاخر
اسبق وطعن عيسى وجمع بينهما لما ذكرنا وفرق محمد رحمه الله والفرق ما ذكرنا ولان ثمة البايع
لا تثبت بينته شيئا بما يدعي من الموت في الثلاثة الايام لان ما يجب له قيمة المبيع
وهذا ثابت بنفس القبض ومتى لم يتعلق بالموت حكم بقي الدعوى في الحقيقة في الضمان احدهما
يدعي الانتقال من ضمان القيمة الى ضمان الثمن والاخر يدعي بقا ضمان القيمة فكانت المثبتة احدهما

احدهما فكان القضا ببينته اولى وفيما نحن فيه تعلق الحكم بالموت وهو انتقاض البيع وسقوط
الثمن احدهما يدعي هذا والاخر يدعي اثبات الثمن لان المبيع في ضمان البايع غير مضمون على المشتري
بالثمن وثمة المبيع في قبض المشتري مضمون عليه بالقيمة فاستويا في الاثبات هنا
فكان القضا بالمبينة اكثر اولى وعند اختلاف الوقت القضا بالسابق اولى لما قلنا هذا اذا
اختلفا في القبض ولو تصادقا ان المشتري قبض الجارية بامر البايع او بغير امره واقام المشتري
البينة ان البايع قتله بعد القبض واقام البايع البينة بمثل ذلك فالبينة المشتري لان
بينة البايع قامت في غير محلها لانها ما قامت مثبتة لانها قامت على اثبات ما هو
ثابت وهو تاكد ضمان الثمن وانه ثابت بقبض المشتري فكان وجودها وعدمها بمنزلة وبينة المشتري
قامت في محلها لانها قامت مثبتة لانها تثبت ما ليس بثابت وهو استرداد البايع وفسخ
البيع وبراة عن ضمان الثمن ان كان قبلها نقد الثمن بغير امر البايع وعلى وجوب ضمان الجناية
ان قبضها باذن البايع او بعد نقد الثمن فكانت بينته اولى بالقبول ولو اشترى رجل جارية بالف
درهم فلم يقبضها حتى ولدت ولدا فقتلت الولد الام فالمشتري بالخيار ان شا اخذ الباقي منهما
بجميع الثمن وان شا ترك اما التخيير فلان الام اذا قتلت الولد فقد تغير المعقود عليه في
ضمان البايع لانها صارت منتقصة بنقصان الولادة من غير خلف لفوات ما ينجبر به
النقصان ولو كان الولد باقيا يجبر باعتبار تمكن النقصان في عين الجارية وان انجبر
النقصان بالولد فهنا اولى واما اذا قتل الولد الام فلانه فات ما هو المقصود بالعقد
والتغير يوجب الخيار فالفوات اولى الا ترى انه لو قطع انسان يدها واخذ
الارش يخير المشتري للتغير وان انجبر النقصان بالارش فهنا اولى واما
اخذ الباقي منهما بجميع الثمن لانه لو اخذه بحصته من الثمن في الابتدا يلزمه
جميع الثمن في الانتها فياخذه بجميع الثمن في الابتدا قصرا للمسافة وبيانه انه لو اخذ
بحصته ينفسخ البيع في المقتول ويعود الى ملك البايع وظهر ان القاتل كان مملوكا للمشتري
وقد قتل مملوكا للبايع جناية موجبة للمال فيكون للجناية معتبرة لان في
اعتبارها فائدة فيقال للمشتري اما ان تدفع القاتل بل المقتول او تفديه بقيمته
وايهما اختار قام الجاني مقام المجني عليه وظهر ان البيع لم ينفسخ لان المبيع فات الى
خلف والمبيع متى فات الى خلف في ضمان البايع لا ينتقض البيع لكن يثبت
الخيار للمشتري كما لو قتل المبيع عبد اجنبي ودفع به فيصير القاتل قائما مقام المقتول
فيتحول البيع الذي في المقتول الى القاتل كل المبيع لانه مبيع بنفسه وبقيامه
مقام المقتول فمتى اختار الاخذ ياخذه بجميع الثمن فعلم انا لو اطلقنا
له الاخذ بحصته من الثمن في الابتدا لزمه جميع الثمن في الانتها فياخذ
بجميع الثمن في الابتدا فان قيل الاخذ بالحصة من الثمن لا يودي الى هذا في
قول ابي حنيفة رحمه الله لان البيع وان كان ينفسخ في المقتول لكن يظهر ان الجاني والمجني

عليه كلاهما في زمان البايع فيجب ان يهدر عنده كالعبد المغصوب اذا قتل عبد الغاصب
خطا تهدر الجناية عنده وان كان الجاني غير مملوك له والمجني عليه مملوك لكن لما كان
في ضمان هدرت الجناية لكن للشهنا واذا صارت هدرا صار كان المقتول مات حتف انفه ولو مات
احدهما حتف انفه كان للمشتري ان ياخذ الباقي منهما بحصته من الثمن كذلك هنا الا ترى انه لو
رهن عبدين رهنا واحدا فقتل احدهما الاخر في ضمان المرتهن فانه لا يعتبر ويجعل كالموت
حتى يسقط حصته من الدين اذا كان الدين مثل قيمتهما او اكثر ا قيل له في مسالة الغصب
انما صارت الجناية هدرا لان قرار الضمان على الغاصب لان المغصوب منه متى اخذ
العبد المغصوب بعد ما جنى واختار الدفع او الفدا يرجع على الغاصب او اعتبرت الجناية
فلا يفيد اعتبارها فلا يعتبر اما هنا لو اعتبرت الجناية لا يكون قرار الضمان على البايع
وان كان الجاني في ضمان البايع الا ترى ان العبد المبيع اذا جنى جناية موجبة للمال
في يد البايع ثم اخذه المشتري مع علمه بالجناية فدفع او فدى لا يرجع على البايع بشيء
واذا لم يكن قرار الضمان على البايع كان اعتبار الجناية مفيدا فيعتبر وهذا لان الاصل
في الجنايات الواردة على محال معصومة الاعتبار الا ان لا يمكن وقد امكن هنا بان تقدير الملك
مختلفا الا ترى انا لو لم نعتبره ينفسخ الملك في المقتول وعند ذلك يختلف الملك فاذا كان
في اهداره ما يوجب اعتباره اعتبرناه في الابتدا وبخلاف الرهن لان ثمة لو لم نعتبره
لا يختلف به الملك وهو المهدر فلهذا جعل كالموت وهذا لان اعتبار جناية المرهون على المرهون
ما كان باعتبار حق الراهن لان العبد بعد الرهن باق على ملكه كما كان قبله وجناية احدهما على الاخر
قبل الرهن كان هدرا اذا كان خطا لان المستحق بجناية الخطا نفس الجاني ملكا وهو مملوك لمولى
المجني عليه ولو اعتبرت لا يستحق بها على نفسه ملك نفسه وانه باطل فكذا بعده وانما يجب
اعتبارها لحق المرتهن لان في حق المرتهن تمييز البعض على البعض كان لثبوت حق الاستيفا
له في نصف كل واحد منهما الا ترى ان جناية الراهن على المرهون تعتبر لحق المرتهن فكذا جناية
ملك الراهن على حق المرتهن لحق يعتبر المرتهن فكذا جناية ملك الراهن على حق المرتهن
ولهذا اعتبرنا جناية الفارغ على المشغول لا غير لان فيه حق المرتهن وجناية المشغول
على المشغول غير مفيد اعتبارها في حق المرتهن لانه لا بد من ان يسقط ما له من الحق ما المجني
عليه اذا جعل فايتا لا الى يد واما الجاني اذا قيم مقام المجني عليه بالدفع فانه في حق
نفسه يصير تاويا واذا كان اعتبار الجناية لحق المرتهن وجناية المشغول على المشغول
لا يفيد اعتبارها في حقه كان هدرا فرق ابو حنيفة بين الرهن والغصب ففي الرهن
جعل جناية الرهن على الراهن والمرتهن اذا كان خطا هدرا وفي الغصب جعل جناية
المغصوب على الغاصب هدرا وعلى المالك معتبرا على ان المرهون مضمون على المرتهن كما
ان المغصوب على الغاصب فسوى بينهما في جانب الضمان فقال لا يعتبر جناية
المرهون على المرتهن كما لا تعتبر جناية المغصوب على الغاصب وفرق بينهما في جانب المالك

المالك فقال ضمان الغصب اذا تقرر اوجب الملك فلو اعتبرنا جنايته على المغصوب منه فاستقر
الضمان على الغاصب ثبت الملك له من وقت الغصب فتبين ان العبد جنى على غير مالكه فلهذا
اعتبرت ولو جنى على الغاصب تبين انه جنى على مالكه فلا يعتبر اما ضمان الرهن وان تقرر على
المرتهن لا يجب الملك له في العين فلا يتبين به ان الجناية كانت على غير مالكه فلهذا كان هدرا
وانما هدرت جنايته على المرتهن وان لم يملكه لان قيمته اذا كانت مثل الدين فهو بمنزلة المالك في
حكم الجناية الا ترى انه لو جنى على غيره كان الفدا على المرتهن فكذا في الجناية عليه يجعل كالمالك
وهذا لان الاصل حق المجني عليه في بدل الغاصب الا ان للمولى ان يخلص نفسه من ذلك بالدفع
ان شا ولا يمكن اعتبار جنايته على المرتهن في استحقاق البدل الاصلي لانه لو وجب له
كان قراره عليه ولا يجب له على نفسه ارش الجناية ولا يمكن اعتبار جنايته لمنفعة ثبوت
الملك له في العبد لان ذلك لا يكون الا باختيار الراهن والراهن لا يختار ذلك خصوصا اذا
لم يكن عليه من الفدا شي فصار هدرا وجنايته على مال المرتهن سوى الا ترى ان في جانب الرهن سوى
بين جنايته على نفسه وعلى ماله فكذلك في جانب المرتهن فالحاصل ان المرهون من حيث انه مضمون
المالية كالمغصوب ومن حيث ان عينه امانة كالوديعة فلو اعتبرنا انه كالامانة من وجه
تجعل جنايته على المالك هدرا ولو اعتبرنا انه كالمغصوب من وجه تجعل جنايته على الضامن
هدرا فلو اخذ الباقي بجميع الثمن ووجد به عيبا يرده بجميع الثمن لانه كل المبيع بنفسه
وبقيامه مقام المقتول ولو تبيع الرد يرجع بحصة العيب من جميع الثمن كانه هو المبيع وحده
فرق بين هذا وبينما اذا اشترى دابتين فقتلت احديهما صاحبتها في يد البايع واختار
المشتري اخذ الباقي فانه ياخذها بحصتها من الثمن والفرق انه هنا اخذ الباقي منهما بحصتها
من الثمن في الابتدا لا يودي الى اخذها بجميع الثمن في الانتها لان البيع في المقتول وان انفسخ
وعاد المقتول الى ملك البايع وظهر ان ملك المشتري جنى على ملك البايع الا ان المبيع فات
الى خلف لان جناية الدابة هدر القوله صلى الله عليه وسلم جرح العجما جبار فصار القتل
بمنزلة الموت حتف انفه واما هنا بخلافه وكذا لو اشترى عبدين صفقة واحدة فقتل
احدهما صاحبه واختار الاخذ فانه ياخذه بجميع الثمن لما قلنا بل اولى لان كل واحد منهما داخل
في العقد مقصودا والولد دخل تبعا قالوا نظير العبدين اذا اشترى عبدا برغيف فاكل
العبد الرغيف قبل القبض فانه لا يفسد البيع ونظير الدابتين اذا اشترى حمارا بشعير بعينه
فاكل الحمار الشعير قبل القبض يفسد البيع كما لو هلك الشعير لان فعله هدر وفعل العبد معتبر
فصار فعل العبد كاكل اجنبي اخره وذكر ابي يوسف رحمه الله في الامالي لو قبض احد العبدين
ولم يقبض الاخر حتى قتل احدهما صاحبه فان قتل غير المقبوض المقبوض لا خيار للمشتري
وله ان ياخذ الباقي لانه قبض احدهما والباقي في محل القبض لان عبده قتل عبده ولا يلحقه
من الجناية شي وان قتل المقبوض غير المقبوض فقد تفرق القبض على المشتري فهو بالخيا
ان شا رضي بجميع الثمن ولا يلزمه من الجناية شي لانه ظهر ان عبده قتل عبده

وان شا نقض البيع وغرم قيمة المقتول للبايع لانه ظهر ان عبده قتل عبد البايع فلما رده صار
بمنزلة البيع منه والعبد اذا قتل فباعه مولاه مع العلم بالجناية وجب عليه قيمة المقتول كذلك
هنا وجب ان يرد قيمة المقتول رجل باع عبدا برغيف بعينه فلم يقبضه حتى اكل العبد الرغيف
صار مستوفيا للثمن فرق بين هذا وبينما اذا رهن دابة بقفيز من شعير واكلت الدابة الشعير
لم يصر المرتهن مستوفيا شيا من الدين لان طعام المرهون على الراهن لا على المرتهن وطعام العبد
المبيع على البايع ما دام في يده والله اعلم

باب اختلاف البايع والمشتري وكل واحد منهما يدعي غير ما يدعيه صاحبه

اصل الباب ان البينات حجج الشرع يجب العمل بها اذا قامت في محلها وهو موضع الحاجة الى الاثبات وهو
انكار الخصم اما مع الاقرار فلا لعدم الحاجة والدعوى لا تقبل الا بالبينة او تصديق الخصم بالحديث وفي
بيع المقايضة اذا رد احدها بالعيب يرجع بما يقابله اذا عرفنا هذا قال محمد رجل له طيلسان
وقميص ولاخر خفان وقلنسوة فاقام صاحب الخفين بينة انه اشترى من صاحبه
الطيلسان والقميص بخفيه واقام صاحب القميص بينة انه اشترى من صاحب
الخفين والقلنسوة بقميصه قضي بنصف الخفين بالطيلسان ونصف القميص بالقلنسوة
ونصف الخفين بنصف القميص لانهما اتفقا ان الخفين والقميص داخل في العقد
وانما اختلف في الطيلسان والقلنسوة وانما يقضي بالبينة فيما اختلفا فيه وبالاقرار
فيما اتفقا عليه فنقول صاحب الخفين والقلنسوة وهو مدعي شرا الطيلسان والقميص
ادعى انه اشترى صاحب الطيلسان جميع الطيلسان اصلا واثبت صاحب
الخفين بالبينة فلا بد من القضا بها وصاحب الطيلسان والقميص وهو مدعي شرا الخفين
والقلنسوة ادعى شرا القلنسوة كلها بنصف القميص وانكر صاحب القلنسوة بيع
القلنسوة اصلا واثبت صاحب الطيلسان ما ادعى بالبينة فلا بد من القضا بها فلم
يبق الا نصف الخفين في يد صاحب الخفين ونصف القميص في يد صاحب القميص وقد
تصادقا على ان التبايع بهذين فثبت بيع ذلك بتصادقهما فظهر ان نصف الخفين بازا
الطيلسان كله ونصف الخفين بازا نصف القميص ونصف القميص بازا القلنسوة كلها
ونصفه بازا نصف الخفين وانما تكون القسمة هكذا اذا كانت قيمة الطيلسان والقميص
على السوا وكذا قيمة الخفين والقلنسوة لان صاحب الخفين اذا قال اشتريت الطيلسان والقميص
بالخفين فقد ادعى مقابلة الخفين بالطيلسان والقميص والقسمة باعتبار القيمة واذا كانت قيمة
قيمة الطيلسان القميص يكون نصف الخفين بمقابلة كل واحد منهما كما لو اشترى عبدين بالف
درهم وقيمة كل واحد منهما الف يكون بمقابلة كل واحد منهما خمسماية ولو كان قيمة الطيلسان
اكثر من قيمة القميص او اقل لا تكون القسمة على هذا الوجه بل يكون على التفاوت كما لو اشترى
عبدين بالف وقيمة احدهما الف وقيمة الاخر خمسماية فتبين بما قال محمد من القسمة ان قيمة
الطيلسان والقميس سوا وكذا قيمة الخفين والقلنسوة واذا قضي بذلك وتقابضا
ثم وجد احدهما بما اشتراه او ببعضه عيبا رده بما يقابله حتى لو وجد مشتري الطيلسان به

عيبا رده بنصف الخفين لان الذي يقابله ذلك وان وجد مشتري القلنسوة بها عيبا
ردها بنصف القميص لان بيتها ذلك وان وجد مشتري الخفين بهما عيبا ردهما بالطيلسان
ونصف القميص وان وجد مشتري القميص عيبا رده بالقلنسوة ونصف الخفين على قضيه وقوع
المقابلة وكذا لو استحق من ذلك شي يرجع بما بلة من الثمن على ما ذكرنا والله اعلم

باب الزيادة في المبيع من غير المشتري

اصل الباب ان الزيادة في الثمن من الاجنبي تجوز في كل موضع تجوز
الزيادة في الثمن من الاجنبي تجوز في كل موضع تجوز الزيادة من المشتري الا ان الفرق بينهما ان
الزيادة تصح من المشتري ويلزمه بمطلق الايجاب ولا يصح من الاجنبي الا بالاضافة الى نفسه وماله
بان قال من مالي او علي اني ضامن اما اذا لم يضف الى نفسه وماله ان امر المشتري بذلك يلزم المشتري وان لم
يامره يتوقف على اجازته واذا ضمن او اضاف فيلزمه من غير توقف اما صحة الزيادة فلان المشتري لم يملك
بازاء الزيادة شيا لم يكن مالكا له قبل ذلك وصحة الزيادة تعتمد المقابلة صورة وتسمية لا حقيقة و
والاجنبي في هذا ساوى المشتري فاذا صح من المشتري صح منه كالخلع من الاجنبي بخلاف
العتق واما اللزوم بمطلق الايجاب من المشتري والتوقف على الاضافة من الاجنبي لان المشتري منه وجد
سبب صالح للايجاب وهو العقد فمطلق الايجاب ينصرف اليه ولم يوجد من الاجنبي هذا السبب فيشترط
في حقه الاضافة الى ذمته او ماله كما في الخلع من الاجنبي والصلح من الفضولي فان المراة اذا اختلعت
من زوجها والمدعا عليه اذا صالح مع المدعي يجب عليه المال بمطلق العقد وفي الفضولي لا يجب المال
الا بالاضافة او الضمان والفرق بين امر المشتري وعدم امره ان عند الامر يلزم المال المشتري فيشترط
رضاه وهو بمنزلة الرسول عنه ولسان الرسول المرسل وعند عدم الامر يلزم الاجنبي
فلا يشترط رضى المشتري ويتوقف على اجازته كالفضولي في الصلح عند انكار المدعى عليه
او اقراره اذا اطلق او اضاف والفضولي في الخلع فان قيل ينبغي ان لا تصح الزيادة في الثمن
من الاجنبي كما لا يصح ايجاب اصل الثمن من الاجنبي على نفسه فان من قال لاخر بيع
عبدك من فلان على ان يكون الثمن علي والعبد لفلان فانه لا يجوز قيل له حكي عن الكرخي
رحمه انه يجوز وقال ابو بكر الجصاص هذا يعتمد لان محمد ذكر في كتاب الصرف وغيره
ان من اشترى شيا بدين له على غيره فانه لا يجوز وجوب البدل في العتق على غير العبد
لانه لا يسلم للعبد بالعتق رقبته وماليته ولا يسلم ذلك للاجنبي فكان حاله مخالفا لحال
الاجنبي فلا يلزمه المال فكذا في البيع حال المشتري مخالف لحال الاجنبي فلا يصح البيع
بثمن على الغير بخلاف الخلع والصلح لان المال يجب مقابلا بالسقوط والساقط لا يحصل لاحد فكان
الاجنبي والمراة فيه سوا وقد ذكرنا ان الزيادة في الثمن تصح من المشتري من غير ان
يستفيد بازايها مالا وقت الثبوت فيصح من الاجنبي وهذا لان اصل الثمن يعتمد المقابلة
لانه عقد معاوضة بين الثمن والمثمن ومعنى المعاوضة لا تتحقق الا بالمقابلة والزيادة
لا تعتمد هنا لانه لا يمكن اشتراطه في غير ذوات الامثال لان التسوية في غير ذوات الامثال
واجب بالشرط والتسمية لا غير الا ترى انه قد يبيع شيا يساوي ماية بالف فلا تكون المقابلة حقيقة

المقابلة حقيقة ثابتة فيما وراء المائة واذا ثبت ان الزيادة في الثمن يعتمد المقابلة صورة لا حقيقة صح
اشتراط الزيادة على الاجنبي كما صح على العاقد لانه تركت حينئذ منزلة بدل الخلع وبدل الصلح عن دم
العمد على ما ذكرنا فالحاصل انا عرفنا وجوب المال شرعا من غير عوض يحصل للملتزم بالتزامه كالمتبرع
بالكفالة وعرفنا وجوب المال بالمعاوضة كالبيع والعتق على مال ولم يعرف وجوب المال بالعوض يحصل
لغيره الا ان عرفنا ههنا قال محمد رحمه الله رجل ساوم رجلا في شراء داره بالف درهم وابى البائع ان يبيعه
بالف درهم فقال رجل للبائع بعها منه بالف درهم على اني ضامن خمسمائة سوى الالف فرضي بذلك
وباعها من المشتري بالف جاز البيع بالف على المشتري وبطل الضمان في قولهم جميعا ولا يتخير
البائع بين الفسخ والاجازة وهذه المسألة على ثلثة اوجه احديها هذه اما جواز البيع فلاستجماع
شرائط الجواز فلو فسد انما يفسد بسبب الضمان من الاجنبي وانه غير مشروط في البيع ولو كان مشروطا
في البيع يوجب فساد البيع فاذا لم يكن مشروطا اولى بيانه ان من قال لاخر بعتك هذه الدار بالف درهم على
ان تقرض فلانا الاجنبي عشرة دراهم وقبل المشتري ذلك لا يفسد البيوع ومثل هذا الشرط لو جرى
بين المتعاقدين اوجب فساد العقد فاذا جرى بين احدهما وبين الاجنبي لا يوجب فساد العقد
فاذا لم يجز مثل هذا الشرط في العقد اولى ان لا يوجب الفساد واما بطلان الضمان فلانه لو لزم
الاجنبي الزيادة اما ان تلزمه بطريق الضمان عن المشتري او بطريق الزيادة في الثمن لا وجه
الى الاول لان هذه الخمسماية غير واجبة في ذمة المشتري فكيف يتحملها بطريق الضمان عنه
ولا وجه الى الثاني لانه لم يقل على اني ضامن لك خمسماية من الثمن حتى يجعل زيادة في
الثمن فيكون تعليق التزام المال بالبيع واعطا الرشوة وانه لا يجوز فان قيل قوله خمسماية
سوى الالف يحتمل الزيادة في الثمن ويحتمل الرشوة فيجب حمله على الزيادة تصحيحا للكلام
قيل له انما يجب حمله على الصحة اذا لم ينص على الفساد وقد نص ههنا لانه نفى ان تكون
الخمسماية ثمنا لانه قال على اني ضامن لك خمسماية سوى الالف والالف هو الثمن فكانه
فكانه قال سوى الثمن فلا يمكن حمله على الثمن واما عدم الخيار للبائع لان الخيار لو ثبت
انما يثبت اذا لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري لا على الاجنبي وقد سلم له
ذلك الا ترى انه لو شرط في البيع ان يقرضه فلان عشرة فلم يقرضه لا يثبت الخيار
للبائع كذلك ههنا بخلاف ما اذا شرط كفالة فلان بالثمن او رهن هذه العين ولم
يتكفل فلان لان الرهن والكفالة توكد موجب العقد فكان فواته بمنزلة فوات
الثمن وانه يوجب فساد العقد اما ههنا بخلافه فرق بين هذا وبينما اذا ادعى على اخر
الف درهم فقال له رجل دعه فاني ضامن لك بنفسه وان لم اواف به غدا فعلي الالف
فانه يلزمه الالف اذا لم يواف به غدا اذا اثبت المال وان لم يقيده بما عليه لان ثمة قام دلالة
التقييد لانه ذكر الالف معرفا فينصرف الى الالف المدعى ولانه اخرج الكلام الثاني بناء على الكفالة
بالنفس والظاهر انه اراد به توثيقه ومعنى التوثق انما يتحقق بالتقييد وههنا ما قام
دلالة التقييد بل قام دلالة البطلان حيث قيده بما سوى الثمن ولان الكفالة تحتمل

من الجهالات والمخاطرات ما لا يحتمل البيع فصحة الكفالة وتقييدها لا يدل على صحة البيع و
تقييد البيع وتقييده والثانية لو قال الاجنبي بعد الدار منه بالف على اني ضامن لك خمسمائة من
الثمن سوى الالف فجاز البيع بالف على المشتري وخمسماية على الاجنبي زيادة في الثمن ولا يتوقف
على اجازة المشتري اما جواز البيع فلما قلنا واما جواز الضمان فلانه زاد في الثمن خمسماية
حيث قال خمسماية زيادة في الثمن والاجنبي متى زاد في الثمن وضمنها صحت الزيادة ونفذت
امره المشتري بذلك او لم يامره فيكون الثمن في حق المشتري الفا وفي حق البائع الف و
خمسماية لما ذكرنا والثالثة لم يذكر محمد وذكر الحاكم الجليل في مختصر الجامع الكبير وهو ان يقول
الاجنبي بعه منه بالف على اني ضامن لك خمسماية من الثمن فرضي به ويقول بعت جاز البيع بالف و
يكون الاجنبي كفيلا بخمسماية من الالف الثمن لانه كفل بخمسماية من الثمن ولم يرد شيئا في الوجه
الثاني ان نقد المشتري الالف لم يكن للبائع ان يمنع الدار حتى يقبض الخمسماية من الاجنبي
لوجهين احدهما ان الخمسماية ان صارت زيادة الثمن لكن هذه ثمن لا يطالب بها المشتري
بحال ولو كان يطالب بها في ثاني الحال بان كان الثمن موجلا او اراد المشتري زيادة موجلة ليس
للبائع ان يحبس فاذا كان لا يطالب بها المشتري بحال كان اولى والثاني ان الزيادة صحت في
حق البائع والاجنبي والمشتري فيما لا يتصور به المشتري فلا يصير ثمنا في حق هذا الحكم لانه يتعلق
حق المشتري بالاخذ اذا انقدنا عليه وصار كالفضولي اذا خالع مع عن امراته وضمن تعتبر معاوضة
في حق الزوج والفضولي حتى يرد العوض بالعيب وفي حق المراة طلاقا بغير مال كان الزوج طلقها و
ووهبت الفضولي له المال وكذا صلح الفضولي على مال الفضولي فان اراد المشتري ان يبيع الدار
مرابحة يبيعها مرابحة على الف درهم لانه انما يبيع مرابحة على ما اخرج من ملكه وقام عليه لا على ما سمي
ثمنا الا ترى انه لو اشترى ولو بالف وحط البائع عنه خمسماية يبيعها مرابحة على خمسماية وكذلك
الشفيع ياخذها بالف لان للشفيع حق الاخذ بما خرج عن ملك المشتري وقام عليه لا بما سمي
ثمنا الا ترى ان البائع لو حط عن المشتري بعض الثمن ياخذ الشفيع بما ورا المحطوط وهذا
لان الزيادة اذا لم تظهر في حق المشتري لا تظهر في حق من تحول عنه اليه ايضا قال شيخ الاسلام
علي الاسبيجابي رحمه الله ولو اخذها من البائع ينبغي ان ياخذها وخمسماية لان الثمن في حقه
هذا ولو ان البائع مع المشتري تقايلا البيع رجع المشتري على البائع بالف ورجع الكفيل عليه
خمسماية فان قيل وجب ان لا يرجع الكفيل عليه بشي لان الاقالة عقد جديد في حق الثالث والكفيل
ثالث فصار في حق الكفيل كان للبائع اشترى ما باع من المشتري ولو كان كذلك كانت الخمسماية
سالمة له ولا يرجع عليه الاجنبي قيل له الاقالة فسخ في حق المتعاقدين فيما كان خالص حقهما وهو من
حقوق هذا العقد الذي وقعت الاقالة عنه لانه انما ملكها بسبب هذا العقد فاعتبرت
الاقالة فسخا في حق البائع في حق هذه الخمسماية فلم يسلم له ويزول عن ملكه فيجب عليه الرد الى
من اخذ منه ثم ذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في الاصل واضاف الجواب الى قياس قول ابي حنيفة
ومحمد ولم يذكر قول ابي يوسف واختلف المشايخ فيه منهم من قال قوله مثل قولهما واليه مال صاحب

الكتاب وقيل قول ابي يوسف خلاف قولهما وتخصيص محمد قولهما بالذكر يدل على ان قوله خلاف
قولهما بنا على اصل مختلف وهو ان الاقالة بعد القبض عندهما فسخ في حق المتعاقدين حتى لا تصح
الاقالة باكثر من الثمن الاول او باقل منه وعنده بيع جديد في حقهما حتى تصح بالزيادة والنقصان
والاصح ان قوله هنا مثل قولهما لانه انما يعتبر بيعا جديدا في حقهما اذا كان باكثر من الثمن الاول
او باقل حتى لا يلغوا ذكر الزيادة والنقصان اما عند الاطلاق او ذكر الثمن الاول فسخ في حقهما
عنده ايضا ومسالة الكتاب موضوعة فيما اذا كانت الاقالة بالثمن الاول فكان المذكور قول الكل
قال محمد في الاصل وكذلك في قياس قولهما ان وجد المشتري بالدار عيبا فردها بقضا او بغير قضا
اخذ المشتري بالدار عيبا فردها بقضا او بغير قضا اخذ المشتري الالف من البايع والكفيل
خمسماية اما اذا كان الرد بقضا بقضا لا يجي اختلاف المشايخ على قول ابي يوسف بل يكون
قوله كقولهما بالاتفاق لان الرد بقضا القاضي فسخ في حق الكل بالاتفاق وبه تبين ان تخصيص
قولهما بالذكر لا يدل على ان قوله خلاف قولهما فانه خصهما هنا ولم يكن وان كان بغير قضا يجي اختلاف
المشايخ على قوله لانه بيع جديد في حق الثالث بالاتفاق بمنزلة الاقالة لكن هذا اذا كان
البايع منكرا للعيب اما اذا كان مقرا فالجواب فيه كالجواب في الرد بقضا قاض نص عليه في كتاب الصلح
من المبسوط فانه قال المشتري اذا وجد بالمشتري عيبا بعد القبض فرده على البايع بغير قضا
باقل من الثمن الاول والبايع مقر بالعيب كان ردا بالثمن الاول ولا يصح النقصان ويجب على البايع رد
جميع الثمن اعتبر فسخا في حقهما بالاتفاق لان البايع متى كان مقرا بالعيب فقد زعم ان الفسخ
مستحق عليه ورد الثمن واجب عليه فكان امساك شي منه امساكا بغير حق فكان عليه الرد واذا كان
الرد في هذه الحالة فسخا عندهم جميعا وان نص على الاقل من الثمن الاول ففي مسالتنا وقد ارسلا
الرد ارسالا ولم ينصا على الاقل من الثمن الاول كان اولى واما اذا كان البايع منكرا في مسالة
الصلح قال لا يصح النقصان عندهما ويكون فسخا وعند ابي يوسف يصح النقصان ويكون
بيعا جديدا ويجي اختلاف المشايخ على قوله في مسالة الجامع اذا كان البايع منكرا للعيب
والرد بعد القبض بغير قضا هكذا ذكر الصدر الشهيد في جامعه وذكر السرخسي في
المبسوط لو اشترى امة بخمسين دينارا وتقابضا فطعن المشتري فيها بعيب ثم اصطلحا
على ان يقبلها البايع ويرد عليه تسعة واربعين دينارا فان ابا حنيفة قال ان اقر البايع
ان العيب كان عنده فعليه رد الدينار الباقي وان قال لم يكن عندي او لم يقر ولم ينكر جاز له
الدينار الباقي وهو قولهما ايضا لانه اذا اقر ان العيب كان عنده فقد زعم انه كان مبطلا في
انكاره وان الامة عادت اليه بالرد كما خرجت من ملكه وليس له ان يحبس شيا من ثمنها
وان قال لم يكن عندي فهو يزعم انه حبس الدينار بمقابلة الجزء الفايت عند المشتري وذلك
صحيح وكذلك اذا لم يقر ولم ينكر لان الساكت بمنزلة المنكر وانما يبتني الصلح على قول من
يدعي جوازه ولو كان العيب لا يحدث مثله في مثل هذه المدة فعليه رد الدينار الباقي
لانا تيقنا ان العيب كان عند البايع فذلك بمنزلة اقراره به واقوى فهذا وجه الدينار سوا للمعنى الذي بينا

بينا فلو اشترى كل واحد بعشرة وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فصالحه على ان يرده بالعيب على ان يزاده
في ثمن الاخر درهما فالرد جائز وزيادة الدرهم باطلة في قول ابي حنيفة ومحمد ولا يجوز شي من ذلك في قول ابي
يوسف لان الرد بالعيب بعد القبض بطريق الصلح يكون اقالة والاقالة عند ابي يوسف رح
بمنزلة البيع المبتدا فاذا شرط فيه ان يزيده في الثمن الاخر درهما كان هذا بيعا شرط فيه منفعة لاحد
المتعاقدين منفعة لا يقتضيه البيع فلم يجز وعندهما الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ولا يتعلق
بالجائز من الشروط فالفاسد لا يبطله فلهذا جاز الرد عندهما وزيادة الدرهم باطلة لانه جعل ذلك
عوضا عن قبول الرد في الثوب المعيب ومثل هذه المعاوضة لا تصح هذا كله اذا كانت الكفالة بغير
امر المشتري فان ضمن في الوجه الثاني بامر المشتري جاز البيع والضمان لما قلنا وللبايع ان يغرمها
بعد القبض من المشتري حتى يقبض الخمسماية الزيادة في الحال فسار كما لو كان المشتري مطالبا
واما على الوجه الثاني فلان الزيادة صارت ثمنا في حق المشتري مطلقا لان الامر بالزيادة و
كيل من جهة المشتري بالزيادة فصارت الزيادة ثمنا في حق البايع والمشتري مطلقا ولهذا كان
الكفيل ان يرجع بالزيادة على المشتري ولا يقال الصفقة متفرقة لافتراق العاقدين والتسمية
نوجبان لا يتوقف حق قبض المبيع على نقد الكفيل لانا نقول الكفيل وكيل لان حكم عقده وقع
للمشتري فكانت الصفقة متحدة معنى وليس للبايع ان يطالب المشتري بالخمسماية لان المامور
بالزيادة في الثمن والضمان من المشتري حالة المساومة بمنزلة الوكيل بالشرا لان ما زاد يصير بعض
الثمن بمقابلة بعض المبيع بعد الالتحاق ويستغني عن اضافة الزيادة الى بيع عقده المشتري
لانه تبين للبايع حالة المساومة فكان بمنزلة الوكيل بالشرا من هذين الوجهين والوكيل بالشرا
اذا كان مامورا بالشرا والضمان بان امره الموكل بان يشتري له ويضمن ثمنه للبايع فاشترى وضمن
ليس للبايع ان يطالب الموكل بالثمن لان حقوق العقد في الشرا لا ترجع الى الموكل كذلك هنا وان
اداها الكفيل يرجع بها على الامر كالوكيل بالشرا اذا ادى الثمن من مال نفسه وان ادى المشتري
الجميع لم يرجع عليه الكفيل بشي كما لو اشترى الوكيل وضمن وادى الموكل وليس للكفيل ان يقول هذه
الزيادة علي وقد تطوعت بها وصار اداوك كادايي كما لو تطوع اجنبي اخر لان المشتري يؤدي
شيا عليه لان قرار الضمان عليه فلا يكون متطوعا الا ترى ان المحيل اذا ادى دين المحتال له
لا يكون متطوعا حتى يجبر المحتال له على القبول ويرجع على المحال عليه لان قرار الضمان عليه
ولو اراد المشتري ان يبيع الدار مرابحة فانه يبيعها مرابحة على الف وخمسماية لانها قامت
عليه بالف وخمسماية لان حاصل ضمان ما نقده الوكيل على المشتري وظهرت الزيادة في حقه وكذلك
الشفيع ياخذها بالف وخمسماية لان الشفيع انما ياخذها بملك المشتري وقام عليه وقد ملكها
وقام عليه بالف وخمسماية فرق بين هذا وبينما اذا اشترى دارا بالف ثم امر اخر بان يزيده في الثمن
خمسماية او زاد بنفسه فان الشفيع ياخذها بالف والفرق انه كما اشترى بالف ثبت للشفيع
حق الاخذ بالف فهو بالزيادة يريد ابطال حقه الاخذ بالف ولا يملك ذلك اما هنا ما ملك المشتري
الدار الا بالف وخمسماية فلا يثبت للشفيع حق الاخذ الا بهذا القدر لان الامر بالزيادة حصل

قبل الشرا ولو لم ياخذ الشفيع ولكن المشتري وجد بالدار عيبا فردها بقضا او بغير قضا او اقا
فعلى البايع للمشتري الف وللكفيل خمسماية لان ملك الزيادة جرت بينه وبين الكفيل الا ترى انه
يطالب بها الكفيل دون المشتري فصار كان الكفيل اشترى ثلث الدار بخمسماية والمشتري
اشترى ثلثيها بالف فلكل واحد منهما ان يرجع بما ادى ولان الكفالة لو كانت بغير امر المشتري
كان على البايع ذلك فاذا كانت بامره كان اولى وليس للمشتري ان يقبض الخمسماية من البايع وان كان
قد اداها الكفيل سوى ادى الكفيل بنفسه او كان قد اداها المشتري لاجل الكفيل لكن ياخذها
الكفيل ويدفعها الى المشتري ان كان يرجع الكفيل على المشتري لان الكفيل بمنزلة الوكيل بالشرا
فترجع الحقوق اليه رجل اشترى دارا بالف درهم وقبضها او لم يقبضها حتى زاد البايع اجنبي
في الثمن خمسماية فهذا على وجهين اما ان زاد بامر المشتري او بغير امره وكل وجه على وجهين
اما ان ضمن الزيادة او اضاف الى مال نفسه او لم يضمن ولم يضف الى مال نفسه صحت الزيادة ويكون
المطالب بالزيادة من جهة البايع المشتري دون الاجنبي الذي زاد فرق بين هذا وبين ما
اذا زاد بامر المشتري حالة المساومة والفرق وهو ان الاجنبي هنا بمنزلة الرسول
والسفير عن المشتري لانه لا يستغني عن اضافة الزيادة الى المشتري فانه لا بد
ان يقول زد تلك خمسماية في ثمن العبد الذي اشتراه فلان فكان بمنزلة الوكيل
بالخلع والصلح عن دم العمد فاما ثمة الاجنبي بمنزلة الوكيل لانه يستغني عن
اضافة الزيادة الى عقد المشتري لانعدام العقد في تلك الحالة وان ضمن واضافها الى
مال نفسه فالمطالب بالزيادة هو المامور دون المشتري لانه لو امره بذلك حالة المساومة
لا يطالب البايع المشتري فهنا اولى ويطالب المامور بحكم الضمان وليس له ان يمتنع
عن الادا لانه التزم بالضمان والزعيم غارم ولانه شرط على نفسه الادى والوفا بالشرط
لازم خصوصا في المعاوضات وهو كالمامور بالخلع والصلح عن دم العمد اذا ضمن او اضاف
الى مال نفسه واذا ادى يرجع على المشتري كالمامور بالصلح والخلع هنا اذا اراد بامره وان
زاد بغير امره فان لم يضمن ولم يضف الى مال نفسه فالزيادة موقوفة على اجازة المشتري
لانه متى لم يضمن ولم يضف الى مال نفسه كانت هذه زيادة على المشتري كالمامور بالصلح
والخلع لانه زيادة في عقد جرى بينه وبين فكان الاجنبي فضوليا فتوقف تصرفه
على اجازة المشتري كالفضولي في الخلع او الصلح اذا خالع او صالح مع الزوج او المدعي
ولم يضمن يوقف على اجازة المراة او المدعا عليه كذلك فان لم يجز المشتري بطلت الزيادة وان اجاز
جازت فكان المطالب بها المشتري دون الاجنبي لان الاجازة في الانتها كالاذن في
الابتدا ولو اذن له في الابتدا كان الحكم ما ذكرنا كذلك هنا وان ضمن او اضاف الى
مال نفسه ضمن اجاز المشتري او لم يجز لانه التزم المال على نفسه وله ولاية على نفسه ولا يظهر
اثر التزامه ولا ضرر في حق المشتري فيلزمه الادا من ماله كما لو زاد في حالة المساومة
بغير امره فان نقد الزيادة للبايع ثم رد المشتري الدار بعيب بقضا او بغير قضا او اقالة يرجع

يرجع المشتري على البايع بالف والاجنبي بخمسماية كما ذكرنا في الزيادة حالة المساومة في كل موضع ظهرت
الزيادة في حق المشتري بان كانت بامره واجاز ظهر حكم الزيادة في الثمن وتغير العقد ولا ولاية
التغيير المطالبة البايع اياه كانه زاد بنفسه حتى لو لم يكن المبيع مقبوضا لا يكون له ان يقبض المبيع
ما لم ينقد الثمن كله ويبيعه مرابحة على الف وخمسماية كما قلنا في حالة المساومة لكن الشفيع ياخذها
بالف لانه استحق الاخذ بالف فلا تتغير الصفقة في حقه بتغيير المشتري واذا اخذها بالالف بطل
الزيادة لان الشفيع انما اخذها بحق سابق على الزيادة لان حقه يتعلق بزوال الملك البايع او ان تعلق
بثبوت ملك المشتري لكن ثبوت ملك المشتري سابق على الزيادة من الاصل لان الاستحقاق اذا
تقدم على الزيادة كانت الزيادة على ملك الغير فيبطل ولانه ما زاد في الثمن ليسلم المبيع للمشتري
فاذا لم يسلم يرجع بالزيادة سوا اخذها الشفيع بقضا او بغير قضا فرق بين الزيادة وبين الصلح
فان من اشترى دارا وقبضها او لم يقبضها فجا رجل وادعى ان الدار له فصالحه المشتري من
غير اقرار على خمسماية ثم حضر الشفيع واخذها بقضا يبطل الصلح ويرجع المشتري على
المدعي ببدل الصلح لانه اخذها بحق سابق على الصلح فيبطل الصلح لان الصلح على الانكار بيع في
حق المدعي ولو باعها حقيقة ثم اخذ الشفيع بالبيع الاول يبطل البيع الثاني ولان القاضي لما قضى له
بالشفعة فقد قضى بصحة ذلك البيع لان الشفعة انما تستحق بالبيع الجايز فكان من ضرورة بطلان
الصلح ولو اخذها قضا لم يرجع المشتري على المصالح بشي لان الاخذ بغير قضا بمنزلة بيع جديد
في حق المصالح فلا يظهر بطلان الصلح والفرقان في الصلح المدعي منكر حق الشفعة بالبيع ويزعم
ان البيع كان باطلا الا ان اخذ الشفيع اذا كان بقضي يصير مكذبا فيما زعم فبطل زعمه وان كان بغير
قضا لم يبطل زعمه فبقيت الدار سالمة للمشتري بزعم المصالح اما في الزيادة استحقاق الشفيع
ثابت في زعم البايع والمشتري والاجنبي جميعا فيستوي فيه القضا وعدمه والدليل على ان للشفيع
اخذها بحق سابق ما ذكر في الزيادات رجل اشترى دارا وهو ورجل اخر شفيعها ثم وهبها المشتري
من رجل وسلمها اليه ثم حضر الشفيع كان له ان ياخذ نصفها من الموهوب له لان الموهوب
له قايم مقام المشتري ولو حضر الشفيع قبل الهبة كان له ان ياخذ نصفها فكذلك بعد
الهبة لان الواهب لا يملك ابطال حق الشفيع واذا اخذ نصفها بطلت الهبة في الباقي لان
حق الشفيع ثبت عند زوال ملك البايع قبل ثبوت ملك المشتري حتى لو اشترى دارا بشرط الخيار
ثبت للشفيع حق الشفعة وان لم يملكها المشتري عند ابي حنيفة فتصير هبة المشاع فيما
يحتمل القسمة فيبطل وقد قال بعض مشايخنا اذا اشترى جزا من دار ثم اشترى الباقي ثم
احتيالا للشفعة ان ياخذ الكل استدلالا بهذه المسالة لانه اخذ الجزء الاول بحق سابق
فيصير شريكا في الدار الا انه خلاف ظاهر الرواية وهذا بخلاف ما اذا وهب المريض دارا لرجل
وسلم ثم نقضت الهبة بعد موته في الثلثين لحق الورثة لا يبطل في الباقي وكذا لو وهب دار الرجل
وسلم ثم رجع في نصفها لا يبطل في الباقي لان ذلك شيوع طاري اما في مسالة المريض فلان ذلك لم
استحقاق بحق متاخر من الهبة لان سبب استحقاق الورثة الميراث يكون بعد الموت ولهذا

لو اجاز الهبة قبل الموت لا تعمل اجازتهم وابرالمرض في الحجر عن التصرفات المبطلة للميراث
والمعنى ما ذكرنا ان تصرفات المريض فيما يحتمل النقض ينفذ في الحال ثم ينقض واما الرجوع لان
الواهب ما استحق النصف بحق سابق على الهبة لان حق الرجوع يثبت بالهبة فيتاخر عنها فلا
يكون سابقا بل يكون طاريا ولو رد المبيع بعيب بقضا او بغير قضا او تقايلا رجع المشتري بجميع
الثمن كما قلنا في حالة المساومة هذا اذا كانت الزيادة بامر المشتري وان زاد بغير امره صحت الزيادة
في حقه ان ضمن ولا يظهر في حق المشتري لانه قصد تغيير تصرفه فلا يكون بسبيل منه بغير رضاه
حتى لا يتوقف قبض المشتري على نقد الزيادة وبيعه مرابحة على الف لان الثمن في حقه هذا العقد
كما قلنا في حالة المساومة ولو تقايلا او رد بعيب بقضا او بغير قضا رد البايع الزيادة على الاجنبي
لارتفاع العقد مطلقا في حق المتعاقدين والزيادة كانت في العقد ولانه انما زاد لغرض وهو سلامة
المبيع للمشتري ولم يسلم له غرضه وياخذها الشفيع بالف ويسترد الاجنبي الزيادة لما ذكرنا انه
اخذ بحق سابق فانتقض هذا التصرف من الاصل ولانه انما زاد ليسلم الموجب للمشتري فاذا تحول
الى الغير له ان يرجع في ذلك ولم يذكر في الكتاب ما اذا كانت الزيادة في اصل العقد بغير امر المشتري
وقد اخذ الشفيع بالف هل له ان يرجع في الزيادة على قياس النكتة الثانية يرجع لانه لم يسلم له
عرضه بالتبرع وعلى قياس النكتة الاولى لا يرجع لان الشفيع استحق بحق مقارن لتصرف الزيادة
فلا يتضمن تقديره رجل اشترى جارية بغلام فوجد بها عيبا فصالحه اجنبي على مائة درهم يزيدها
اياه لم تلحقه الا ان يضمنها له ولحقت بايع الغلام ان كانت بغير امره وهي موقوفة فان اجازها
كانت عليه دون المصالح وان لم يجزها بطل الصلح لان الصلح نظير الزيادة من الاجنبي لان بايع
الغلام لو صالح بنفسه لا يستفيد بهذا الصلح مالا من حيث الحقيقة وانما يستفيد من حيث القسمة
وهو الجزء الفايت فان الجزء الفايت الذي يستحق بشرا الغلام يصير لبايع الغلام تسمية فكذا
اذا صالح الاجنبي كما في الزيادة في الثمن من المشتري لما صحت من غير ان يستفيد بازاها مالا حقيقة
صحت من الاجنبي فكل تفصيل ذكرنا في الزيادة من الاجنبي فهو التفصيل في الصلح قال محمد في الاصل
عقيب مسالة الصلح وهذا قول ابي يوسف الاخر في الصلح وهو قول محمد فقد تبين ان لابي يوسف
فيها قولا اولا واخرا ففي قوله الاول لا تصح الزيادة من الاجنبي كما لا يجب اصل الثمن على الاجنبي ثم رجع وقال
يصح والفرق بين الزيادة واصل الثمن ما ذكرنا باب القصاص في المسلم مما يشتري من الذي اسلم
اصل الباب ان شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن من كل وجه لا يجوز وشرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن
من وجه لا يجوز ايضا الا انه في الوجه الاول انما لم يجز لما فيه من الربا لان عايشة رضي الله عنها لما نهت
عن هذا البيع وتلت اية الربا تدل تلاوتها اية الربا عقيب النهي عن هذا البيع ان في هذا البيع
ربا والربا من هذا الوجه يلحق بالربا من كل وجه يلحق بالربا من كل وجه احتياطا لامر الحرمة وهذا
عندنا وهو استحسان وفي قول الشافعي رحمه الله يجوز شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وشراوه بمثل
الثمن الاول او باكثر منه يجوز بالاجماع وان تعيب المبيع في يد المشتري يجوز شراوه باقل من الثمن الاول بالاجماع
يسيرا كان العيب او فاحشا للعمومات المقتضية لجواز البيع وقياسا على البيع الاول لان الاول

اولا انما جاز لصدوره من اهله مضافا الى محله عن ولاية وانه موجود في الثاني ولان ملك المشتري
تاكد في المبيع بالقبض فيصح بيعه باي مقدار من الثمن كما لو باعه من غيره الا ترى انه لو وهبه من البايع
جاز فكذا بيعه منه ولانه لو باعه من غيره ذلك الرجل من البايع باقل من الثمن الاول جاز فكذا اذا باع
المشتري منه ولانه لو فسد انما يفسد لعدم النقد لا يفسده كما اذا اشترى بمثل الثمن الاول او باكثر
وكما اذا اختلف الجنس ولانه لو اشترى بمثل الثمن الاول جاز فلو فسد انما يفسد لاجل الفضل و
الفضل انما يحرم عند المقابلة بالجنس ولا مقابلة هنا بين الدراهم والمبيع لان بين الثمن والثمن
وانما سقط الثمن عن المشتري الاول حكما للمقاصة فيصار كما لو وجب على البايع دين عن جنسه
بسبب اخر له عليه اذا تعيب المبيع الا انا استحسنا لحديث عايشة رضي الله عنها فان امرة
دخلت عليها وقالت اني بعت من زيد بن ارقم جارية بثمانماية درهم الى العطا ثم اشتريتها منه بستمائة
درهم قبل حل الاجل فقالت عايشة رضي الله عنها بيسما شريت وبيسما اشتريت ابلغي ذلك زيد ابن
ارقم ان الله ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لم يتب فاتى زيد ابن ارقم متعذرا
فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وامره الى الله الاية فهذا دليل
على ان فساد هذا العقد كان معروفا بينهم وانما سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان اجزية
الجرايم لا تعرف بالراي وقد جعلت جزاه على مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد فعرفنا ان
ذلك كالمسموع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان ما طريقه الاجتهاد لا يطلق على
فاعله بطلان عمله والمباط عبادته فعرفنا انه كان بالسماع واعتذار زيد رضي الله عنه دليل على ذلك
لان في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر احدهما الى صاحبه فيها ولا يجوز ان يقال
انما الحقت الوعيد الاجل الى العطا فان مذهب عايشة رضي الله عنها جواز البيع الى العطا وقيل
وقت العطا معلوم في زمانهم لا يتقدم ولا يتاخر فيجوز البيع اجماعا وقد كرهت العقد الثاني
فعرفنا انها انما كرهت العقد لما قلنا وانما كرهت العقد الاول لانها تطرق به الى الثاني فكانت
الكراهة لمعنى في غيره وهو منفصل عن العقد الاول فلا يفسد وان كان يقتضي الفساد
الا انا تركنا العمل به في العقد الاول ولا يلزمه الترك في العقد الثاني والمعنى فيه انه استربح
على ما ليس في ضمانه ونهى صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وبيانه ان الثمن لم يدخل
في ضمانه قبل القبض فاذا اعاد اليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهذا
ربح حصل لا على ضمانه ولا يوجد هذا المعنى فيما اذا اشترى بمثل الثمن الاول او باكثر فالربح
هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه ولا كذلك فيما اذا باعه من غيره لانه لا يحصل
للمشتري هناك ربح لا على ضمانه وكذلك اذا اشتراه البايع الاول من المشتري الثاني
لانه لم يعد اليه الملك المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان
على ما ذكرنا قبل هذا وكذا لو دخله عيب لان الملك لم يعد اليه على الهيئة التي خرج عن ملكه فلا
يتحقق فيه ربح ما لم يضمن لانه يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري حتى
اذا كان النقصان نقصان السعر لا يعتبر لانه فتور في رغبات الناس وليس فيه فوات

جزء من العين فباعتباره لا يجوز الشرا باقل وكذا لو اشتراه بجنس اخر غير جنس الثمن الاول
لان الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس والفضل انما يظهر بالتقديم والبيع لا يوجب ذلك
بخلاف ما اذا اشتراه بجنس الثمن الاول فان الفضل يظهر من غير تقديم ولو كان العقد الاول
بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها اقل فهو جائز في القياس فهو قول زفر لانهما جنسان
وفي الاستحسان لا يجوز لانهما جنس واحد وقد ذكرناه في باب المساومة لان الحرمة لاجل الربا
وانه مبني على الاحتياط فيجعل الثابت من وجه كالثابت من كل وجه وحرف اخر ان دين الصرف
والسلم يستوفى لان فائدة الوجوب الاستيفا ولا يوفى به دين اخر كان عليه قبل الصرف والسلم
لان المسلم فيه مبيع دين فالاستبدال به بيع الدين وبيع العين المنقول قبل القبض حرام فبيع
الدين اولى لان العين يقبل من التصرفات ما لا يقبل الدين والمبيع العين يجوز ان يقبض ولا يقضى
به دين اخر فكذا المبيع الدين وبدل الصرف مبيع من وجه لان البيع لا يخلو عن مبيع وثمن وليس
احدهما يجعل بيعا اولى فكان كل واحد منهما مبيعا من وجه فيجعل في حرمة الاستبدال مبيعا
من كل وجه احتياطا وعلامة الاستيفا والاقتضا وجود قبض مضمون بعد عقد الصرف
والسلم من جنس المسلم فيه قبضا صحيحا فاما اذا وجد القبض بعد عقد الصرف والسلم فدين
الصرف والسلم يكون قضا لما قبله لما عرف ان في المقاصة اخر الدينين قضا اولهما واولهما
لا يكون قضا عن اخرهما لان القضا لا يسبق الوجوب ولهذا يسمى المستقرض قاضيا والمقترض
مقتضيا وحرف اخر ان ضمان العين الواجب بالقبض كالغصب والاتلاف في حكم العين قبل
القبض كانه هو لا غيره والعين المقبوضة بدلا عن الضمان او الدين في حكم غيره الا فيما لا يمكن
الاستبدال فيه قبل القبض فيجعل على حكم القبض ضرورة يجعل كان العقد ورد عليه
كما ذكرنا ان للقبض شبها بالعقد من حيث انه يتاكد به ملك الرقبة ويملك به ملك
التصرف اما الاول فلان سبب الضمان هو الاخذ وانه يوجب رد الماخوذ بعينه بالنص
الا انه لما عجز عن رده بعينه لزمه الرد بمعناه ولما لزمه بسبب الاخذ لا بسبب اخر
كان على حكم الاول وان تبدل اسما كالصوم في الكفارة عند العجز يصير المكفر به اتيا
باصل الواجب لان السبب متحد لان يكون عوضا عن العين فتكون المبادلة في الحالة
لا في نفس الواجب وكذا الحوالة فان الواجب في ذمة المحتال عليه هو الواجب في ذمة
المحيل والمبادلة انما تكون في الذمة واما الثاني فلان المقبوض عين فانه غير الدين
وقد تعين بتصرف جديد وهو القبض فلا يجعل عين الاول حكما الا بدليل شرعي يلزمنا ذلك
لندع الحقيقة بالحكم وذلك فيما لا يمكن الاستبدال به قبل القبض كالصرف
والسلم لقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فيجعل عين الواجب بالعقد
كان العقد ورد عليه فاما فيما يمكن العمل بالحقيقة فلا وحاصله ان القضا تعيين الواجب
في ذمته لان الدين الواجب في ذمته اسم لمال واجب غير عين ثم خوطب بتعيينه بمال من
جنسه قضا ليتحقق نفس الواجب القبض بعينها وفي حق ما يرجع الى العين تمليكا مبتدا

مبتدا فتمنع من تعيين الواجب كل معنى منع من تمليكه ابتدا الوقوعه تمليكا من وجه احتياطا
لما ذكرنا اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اسلم الى رجل مائة درهم في كر حنطة ثم ان المسلم
اليه اشترى من رب السلم كرا من طعام مثل كر السلم بمائتي درهم الى اجل وقبض المسلم اليه
الكر ولم ينقده الثمن حتى حل اجل السلم قضى ما عليه من الطعام السلم بالكر المشترى قبل نقد
الثمن لا يجوز لان رب السلم صار مشتريا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن من وجه بيانه ما ذكرنا
ان للقبض شبها بالعقد فصار كانه باع الكر بمائتي درهم ثم اشتراه منه بمائة درهم قبل نقد الثمن
ولو كان كذلك من كل وجه لا يجوز فكذا اذا كان من وجه فان قيل انه صار مشتريا من وجه
باعتبار القبض لكنه اشترى بكر السلم كر حنطة باعها منه بمائتي درهم فصار كانه باع كر حنطة
بمائتي درهم ثم اشتراها بكر حنطة قبل نقد الثمن ولو كان كذلك جاز فكذلك هنا قيل له هذا
هكذا ان لو كان المقبوض من المسلم اليه غير المسلم فيه بدلا عن المسلم فيه وليس كذلك بل هو عين
المسلم فيه حكما كيلا يؤدي الى الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض واذا ثبت هذا كان قبض
رب المسلم الحنطة التي باعها من المسلم اليه بمائتي درهم شرى منه بمائة درهم من وجه قبل نقد الثمن
هذا كله ذكر في الجامع الصغير اذا اسلم الى رجل في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل
كرا وامره بقبضه قضا فقبضه لم يكن قضا وان امره ان يقبضه فيكتاله لنفسه جاز لانه
ما باع قبل الشرا كان دينا وانما يصير بايعا للعين عند اقتضا رب المسلم فيصير كان رب المسلم
اشترى الكر منه عند القبض ومن اشترى طعاما مكايلة لم يجز له بيعه والتصرف فيه قبل الكيل
فان اقتضاه وجب عليه رد المسلم اليه ما دام قادرا على رده لانه صار مقتضيا بحكم قضا فاسد فكان
واجب الرد فان لم يرد حتى استهلكه او طحنه فعليه مثله للمسلم اليه لان رب المسلم صار مقتضيا الكر
بقضا فاسد والمقبوض بقضا فاسد كالمقبوض ببيع فاسد لان في القبض معنى البيع والمقبوض
ببيع فاسد يجب على القابض رد عينه ان كان قائما ورد مثله ان كان هالكا فكذا المقبوض بقضى فاسد
فان قضى القاضي عليه بمثله ثم اصطلحا ان يكون قصاصا بكر السلم لا يجوز الا ان
يقبض منه ثم يعطيه بالسلم وانما لا يجوز لما ذكرنا ان ما في الذمة عين المقبوض حكما ما دام في
الذمة والمقبوض لا يصح ان يكون قضا فكذا ما كان عينه حكما ولهذا لو غصب ابريق فضة
او دراهم او دنانير او كر حنطة او شعير واستهلكه وقضى القاضي عليه بالقيمة او المثل
ثم افترقا قبل القبض لا يبطل القضا لان هذا عين ما في ذمته حكما ولو جعل بدلا عما في الذمة
يبطل القضا لانه صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض وهذا لانه لم يوجد منه الاقتضاء
لما ذكرنا ان الاقتضا ان يوجد من رب المسلم بعد العقد قبض عين مضمون ومتى قبض
كان القبض فاسدا فلا يمكن اثباته الاقتضا حال كون الكر عينا ولا يمكن اثباته بعد
ما صار دينا لانه حالة المقاصة لم يوجد منه قبض عين والاقتضا قبض عين فاذا وقع اليه
ثم وقع اليه من السلم الان وجد قبض عين صحيح فوجد صورة الاقتضا وانما قلنا ان القبض
صحيح لانه بهذا القبض لم يصر مشتريا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لان هذا الكر الذي اقتضاه

رب السلم ليس هو الكر الذي باعه لا حقيقة ولا حكما بل بدل عن ذلك الكر لان الاستبدال بالكر
الذي وجب على رب السلم جائز قبل القبض لانه دين لم يجب بعقد صرف ولا سلم وهو المانع من
الاستبدال ولا يقال وجب ان يقع المقاصة قبل القبض لان في المقاصة معنى الايفا والاستيفا
لانا نقول انما يكون كذلك اذا تقدمه قبض بذلك القبض يصير كالمستوفي فيما تقدم من القبض لا يصح
الاستيفا هنا لفساده لما قلنا بخلاف ما ذكر في الزيادات اذا اسلم الى رجل ماية درهم في كر حنطة وسط
الى اجل معلوم ثم ان رب السلم باع من المسلم اليه عبدا بكر حنطة وسط في الذمة وقبض الكر الثمن
ولم يدفع العبد حتى هلك في يده او انتقض البيع بينهما انما هو فسخ من كل وجه كالرد بخيار الروية
والشرط والرد بالعيب قبل القبض بقضا او بغير قضا او بعده بقضا ووجب على بايع العبد رد الكر
الثمن ولم يرد حتى حل السلم يصير الثمن قصاصا بالسلم تقاصا او لم يتقاصا لان ثمة وجد
قبض مضمون صحيح بعد عقد السلم فيصير استيفا للسلم حتى لو كان البيع قبل السلم لا يصير
قصاصا وان تقاصا لانه لم يوجد صورة الاستيفا وهو قبض مضمون بعد عقد السلم قال محمد
في الكتاب وانما هذا بمنزلة الكر اشتراه المسلم اليه من رب السلم بمتاع وقبض رب السلم
المتاع ثم اصطلحا على ان يكون الكر الذي هو ثمن المتاع قصاصا بالمسلم فيه لا يجوز ولو كان المسلم
قبض الكر الذي هو ثمن المتاع ثم قضى به كر السلم جاز هكذا ذكر في بعض روايات هذا الكتاب
وذكر في بعض الروايات هذا بمنزلة كر اشتراه رب السلم من المسلم اليه وهذا لا يصح وهو
طغيان القلم لان رب السلم متى اشترى من المسلم اليه كرا بمتاع يكون الكران جميعا لرب السلم
فكيف يكون احدهما قصاصا على الاخر ثم انما لم يجز ان يكون قصاصا في مسالة الاستشهاد لان المسلم
لان المسلم اليه صار قاضيا دين السلم بالمبيع قبل القبض وقضا الدين بمعنى البيع فيكون بايعا المبيع
قبل القبض وانه لا يجوز وفي مسالتنا انما لا يجوز لانه شرى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن فقد
اتفقا في الحكم وان اختلفا في العلة هنا اذا طحن رب السلم الكر الذي قبضه من المسلم اليه او
استهلكه فلو لم يطحن ولم يستهلك لكن اصابه عيب عنده فالمسلم اليه بالخيار ان شاء
اخذه معيبا ولم يرجع عليه بشي من النقصان لانه لو رجع بالنقصان يودي الى الربا لانه يصل
اليه كر مثل كره وزيادة شي وان شا ترك الكر وضمنه مثله كما في الغاصب والمشتري شرا
فاسدا اذا تعيب المغصوب والمبيع عنده وهو من الاموال الربوية يخير المالك كذلك هنا
وعند الشافعي له ان ياخذ الكر من الغاصب ويضمنه النقصان بنا على اصله ان للجودة
في الاموال الربوية قيمة كما في ساير الاموال الا ترى ان لها اذا قوبلت بخلاف جنسها
ولها قيمة في اثبات الخيار لصاحبها عند تفويت الغاصب الجودة او فواتها بنفسها وما لا يتقوم
شرعا فالجنس فيه سوا كالخمر والصنعة في الملاهي والمعازف ثم وجوب ضمان النقصان
لا يودي الى الربا لان حكم الربا يجري بالمقابلة على طريق المعادلة وذلك لا يوجد
هنا خصوصا على اصله فان ضمان الغصب عنده لا يوجب الملك في المضمون لكنا
نقول لا قيمة للجودة في هذه الاموال المنفردة عن الاصل قال صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها

ورديها سوا يعني في المالية التي تنبني عليه العقد ولانه لا يجوز الاعتياض عن هذه الجودة حتى لو باع
قفيز حنطة بقفيزي حنطة ردية ودرهم لا يجوز وما يكون متقوما شرعا فالاعتياض عنه جائز
وبهذا فارق اختلاف الجنس وثبوت الخيار عندنا ليس لفوات الجودة بل للتغيير التمكن بفعله في
العين واذا ثبت انه لا قيمة للجودة منفردة عن الاصل قلنا لو ضمنه النقصان كان فيه افراز الجودة
عن الاصل فاما اذا اسلم العين اليه فلا يكون فيه افراز الجودة عن الاصل فاما اذا اسلم العين اليه
فلا يكون فيه افراز الجودة عن الاصل وهي متقومة مع الاصل تبعا فلهذا كان له ان يضمنه مثله وقضى
نه بذلك فجعلاه قصاصا من السلم لم يجز لان حق المسلم اليه انتقل الى كر مثله في الذمة بالقضا
كما في الاستهلاك وثمة لم يجز كذا وان قبضه ثم قضى جاز لان ثمة لو قبضه ثم قضاه جاز لما ذكرنا
انه عين تصلح للقضا وهو عين ما اشتراه حقيقة وحكما وان اختار المسلم اليه اخذ الكر بعينه
فلم يقبضه حتى جعله قصاصا عن الكر السلم جاز لانه تعذر تجويزه هنا الاقتضا بالقبض والاقتضاء
امكن تجويزه بالقبض القايم للحال وهو حالة المقاصة لوجود الاقتضا وهو قبض عين مضمون بنفسه
والقبض صحيح لان بهذا القبض بجهة الاقتضا وان صار مشتريا ما باع باقل مما باع قبل نقد
الثمن من وجه الا ان الشرا في هذه الحالة من كل وجه باقل مما باع قبل نقد الثمن يجوز لانه
لا يودي الى الربا لانه لم يعد اليه الكر كما خرج عن ملكه فكان ما بقي من الثمن بازا العيب
فكذا الشرا من وجه فان قيل هذا وهكذا ان لو حدث العيب في يد المشتري وهو المسلم اليه
لان ما حدث من العيب في يده لا يكون مضمونا عليه لانه في يده بحكم شرا صحيح فكان الفايت
بالعيب فايتا لا الى خلف فتحقق العيب وفي مسالتنا الكر تعيب في يد رب السلم وما حدث
من العيب في يده مضمون عليه لانه في يده بحكم اقتضا فاسد فكان الفايت بالعيب فايتا الى
خلف والفايت الى خلف كالقايم معنى ولو كان قايما بانه لم يتعيب وجعله قصاصا بكر السلم لا يجوز
فكذلك هنا قيل له المسلم اليه لما اختار اخذ الكر بعينه صار مبريا له عن ضمان العيب لانه لا يجوز للمسلم
اليه بعدما اخذ كره بعيبه ان يضمن رب السلم نقصان العيب واذا وقعت البراة عن نقصان
صار الفايت فايتا لا الى خلف فتحقق العيب لانه بعدما اختار المسلم اليه اخذ الكر بعينه
معيبا لا تقع المقاصة ما لم يتراضيا على ذلك حتى لو جعل احدهما وكره الاخر لا يصح قال مشايخنا يستقيم
اشتراط رضى رب السلم لانه دون حقه ولا يستقيم اشتراط رضى المسلم اليه لانه لا ضرر في حقه وصاحبه تجوز
بدون حقه لما ذكر هذا الا ان الاصح انه يشترط رضاهما كما ذكر محمد لان فيه ضررا على صاحبه اما على رب
السلم فلان في هذا اسقاط حقه عن الجودة واما المسلم اليه فلانه باختياره اخذ الكر بعيبه
انما ابراه عن نقصان العيب بشرط ان يصل اليه عين الكر لغرض له في عينه ولان له حق الاسترداد
لفساد القضا فلا يبطل حقه الا برضاه ولان رب السلم اذا رضي وحده واراد ان ياخذه
بحقه كان متهما في رضاه لانه اراد ان يبري نفسه عن ضمان الاول بوصف الجودة فلهذا يشترط
رضاهما ولم يذكر محمد رحمه الله في الكتاب انهما اذا اصطلحا على المقاصة قبل ان يختار المسلم
اليه شيا هل يجوز قالوا ويجب ان يجوز لان اصطلاحهما على المقاصة لا يصح الا بعد ان يختار

المسلم اليه الكر بعيبه فيتضمن ذلك اختيار اخذ الكر معيبا سابقا على المقاصة ولو لم يجعلاه قصاصا
وقبض المسلم اليه بعيبه ثم اغتصب منه رب السلم الكر الذي كان اقتضاه ورضي ان يكون قصاصا كان
قصاصا وان لم يرض به المسلم اليه لان رب السلم رضي بدون حقه حيث قبض الكر المعيب فلا يشترط
رضى المسلم اليه لانه لا ضرر له فيه لانه وصل اليه شرط ابرائه عن نقصان العيب وهو عين الكر وهو
ظفر بجنس حقه من مال مديونه فكان له ان ياخذه وان كان فيه معنى شرا ما باع باقل مما باع لكن بعد
حدوث العيب الا ترى انه لو اخذ كرا اخر بغير رضاه له ذلك ويصير قصاصا بالسلم ولو ان رب
السلم طحن الكر بعدما تعيب عنده واستهلكه وقضى عليه بمثله ورضيا ان يجعلاه قصاصا
وبه العيب فقال كان لنا ان نجعله قبل الطحن بالعيب الذي حدث به فنجعله قصاصا الان ايضا
لم يكن لهما ذلك لان الاقتضا اما ان يقع بضمان العيب او بالدقيق لا وجه الى الاول لان ضمان
العين دين والدين لا يصلح لاقتضا دين السلم لما ذكرنا فلم يوجد الاقتضا لا سالفا ولا انفا ولا
وجه الى الثاني لان الدقيق غير المسلم فيه فلا يصلح للاقتضا لانه يكون استبدالا ولانه ملك الطاحن
بخلاف ما قبل الطحن لانه عين المسلم فيه وهو شرا ما باع باقل ما باع قبل نقد الثمن بعد حدوث العيب
ولانه بالاستهلاك انقطع حقه عن العين ووجب مثله سليما والسليم لا يصح قصاصا لانه شرا
ما باع باقل مما باع والضمان حكمه حكم المضمون الا اذا قبض وسلم فيجوز لان المقبوض غير الواجب بخلاف
ما اذا كان المعيب قايما ولو غصب رجل من المسلم اليه الكر الذي اشتراه من رب السلم فاحال المسلم
اليه رب السلم على الغاصب به وهو قائم في يد الغاصب بحاله فالحوالة باطلة فكذلك لو كانت وديعة
في يد غيره فاحاله على المودع حوالة مقيدة بالوديعة لانه بهذه الحوالة امر غيره بدفع الكر الى رب
السلم ولو تولى ذلك بنفسه لم يجز لما قلنا فكذا اذا امر به غيره فان دخله عيب عند الاجنبي ورضي به
رب السلم جازت الحوالة لان المسلم اليه لو تولى هذا القضا بنفسه جاز فكذا اذا امر غيره به فان
دخله عيب عند الاجنبي ورضي به رب السلم جازت الحوالة لان المسلم اليه لو تولى هذا القضا بنفسه
فكذا اذا امر غيره بالقضا ولو هلك الكر عند الاجنبي بعد الحوالة ففي الوديعة بطلت الحوالة
لفوات عين ما تعلقت به الحوالة لانه اضاف الحوالة الى العين وقد فات لا الى خلف وفي
الغصب لا يبطل لانه فات الى خلف فبقيت الحوالة وكان رب المسلم ان ياخذ من الغاصب
كرا مثل الكر المغصوب قضا بسلمه ويكون الاقتضا جائزا لانه وجد قبض عين مضمون بنفسه
وهو صحيح بعد عقد السلم فوجد الاقتضا فرق بين هذا وبينما اذا قبض رب السلم وهلك
في يده حتى وجب مثله في ذمته واصطلحا ان يجعلاه قصاصا لم يجز والفرق ان حد الاقتضا
هنا لم يوجد لا سالفا ولا انفا على ما ذكرنا اما هنا وجد انفا اذ لم يوجد سالفا وانا استهلك
الغاصب الكر قبل ان يدخله عيب ثم احال رب السلم على الغاصب بالكر الذي استهلكه جازت الحوالة
واذا قبضه فهو قصاص لان هذا في الحقيقة امر بالقبض منه قضا بحقه فيقع قبضه اولا
للامر ثم لنفسه ولو قبض لنفسه ثم قضاه جاز لانه عين اخر غير المشتري حقيقة وحكما فكذا
اذا قبض غيره بامره فرق بين هذا وبينما اذا قبض رب السلم واستهلكه حتى وجب المثل في

في ذمته ثم جعلاه قصاصا لم يجز والفرق ما ذكرنا انفا ولو كانت الحوالة قبل الاستهلاك لم يجز
والفرق ان قبل الاستهلاك الكر عين ما اشتراه من رب السلم فيصير بايعا ما اشترى باقل مما اشترى
قبل نقد الثمن من وجه وبعد الاستهلاك الكر الذي يقع به الاقتضا بدل لما اشتراه من رب السلم فلا يصير
بايعا ما اشترى ولو كان الكر بحاله في يد الغاصب او المودع وقت الحوالة حتى لم يجز ثم حدث به عيب
او هلك في يده كانت الحوالة باطلة لانها وقعت باطلة حال وجودها فلا تنقلب جائزة الا بالتجديد
ولم يوجد بخلاف ما اذا كانت هالكة او معيبة وقت الحوالة قد ذكرنا ان بهلاك الوديعة تبطل
الحوالة المقيدة بها وذكر في الزيادات في الباب الطويل المولى اذا احال غريما له على المكاتب حوالة
مقيدة بالمكاتبة ثم اعتقه نفذ اعتاقه وبطلت الكتابة لوقوع الاستغنا عنها ولا يبطل الحوالة استحسانا
باخذ المحتال له دينه من المكاتب ثم يرجع المكاتب على المولى والقياس ان تبطل الحوالة وهو قول زفر
رحمه الله وكذا لو كانت ام ولده واحال عليها ببدل الكتابة غريما له ثم مات عتقت وبطلت الكتابة
ولا تبطل الحوالة استحسانا وكذا لو باع عبدا واحال بالثمن على المشتري غريما له ثم انفسخ البيع
بينهما بهلاك المبيع قبل التسليم او بخيار رؤية او شرط او عيب قبل القبض يبطل الثمن ولا تبطل الحوالة
وان استحق المبيع تبطل الحوالة قياسا واستحسانا وكذا اذا استحقت الوديعة او الغصب
او هلكت الوديعة تبطل الحوالة قياسا واستحسانا وكذا في الحوالة المقيدة بالدين اذا مات
المحيل مفلسا يوخذ الدين من المحتال عليه ويقسم بين الغرما بالحصص المحتال له اخذهم استحسانا
وتبطل الحوالة بقدر ما استحق على المحتال له حتى لا يرجع على المحتال عليه بنفسه دينه وجه القياس انه لم تبق
الحوالة المطلقة وقد فات ما تقيدت به الحوالة فيبطل كما في الاستحقاق وهلاك الوديعة ولنا ان الحوالة
قد صحت فاوجبت حقا للمحتال له فلا يبطل بفوات ما تقيدت به الحوالة اذا فات بفعل المحيل
او المحتال عليه كما لو احال بالثمن على المشتري ثم تقايلا وفي الاعتاق بطلت الكتابة بفعل المولى
فلا يظهر في حق المحتال وكذا الرد بخيار الشرط والرؤية والعيب يبطل الثمن بفعل المحيل والمحتال
عليه فلا تبطل الحوالة بمنزلة الاقالة الا ترى ان الفسخ بهذه الاسباب لا تبطل حق
الشفيع ويجعل بمنزلة الاقالة وفي هلاك المبيع قبل التسليم انفسخ البيع بما هو مضاف
الى البائع وهو ترك التسليم اما في الاستحقاق فلم يبطل ما تعلقت به الحوالة بفعل المحيل او المحتال
عليه فلا يجعل كالقائم فتبطل الحوالة وفي موت المحيل بطل ما تعلقت به الحوالة باستحقاق
الغرما فيبطل ولان في الاستحقاق لو بقيت الحوالة يلزمه ادا المال مرتين الى المستحق ومرة
الى المحتال له وهو لم يلتزم الا مرة واحدة وفي الوديعة لو بقيت الحوالة تصير الوديعة مضمونة
عليه وهو لم يلتزم ضمان الوديعة اما في غيرها من المسائل لو بقيت الحوالة لم يلزمه الا قدر ما
التزم فيبقى والله اعلم

باب العيب في المبيع ما يكون عيبا وما لا يكون

اصل الباب ما ذكرنا ان البيع يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب وظهور العيب عند المشتري
شرط لصحة الخصومة والدعوى وكونه عند البائع شرط لثبوت حق الرد وعلم المشتري بالعيب
وقت البيع او وقت القبض يبطل حقه في الرد لانه يدل على رضاه بالعيب ولكن لا يثبت للمشتري

الثاني حق الرد عليه لان مجرد العلم لا يكون اقرارا منه بالعيب وعلم البايع بالعيب لا يطلق الرد للمشتري واقرار المشتري الاول بالعيب يبطل حقه في الرد ويثبت للمشتري منه حق الرد عليه لان اقرار الانسان حجة في حقه اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل قال لاخر عبدي هذا ابق فاشتراه ثم وجده ابقا فليس له ان يرده بالاباق لانه علم بكونه ابقا حالة البيع باضافة البايع الاباق اليه واخباره انه ابق فانتفى الغرور فقضى ما في الباب انه لم يقر به المشتري لكن لما جاء ليرده بعيب الاباق فقد صدق البايع في اخباره انه كان ابقا يوم البيع فصار مقرا انه اشتراه وهو مقر بالعيب عالم به ولا يكون له حق الرد فان باعه المشتري من غيره وقبضه ثم وجده المشتري الثاني ابقا فاراد رده وجحد المشتري الاول الاباق فاقام المشتري الاخر البينة على مقالة البايع الاول لم يستحق بذلك شيا لانه لم يوجد من المشتري الاول الاقرار بكون العبد ابقا لا نصا ولا دلالة فلو رد المشتري الثاني على المشتري الاول فانما يرد باقرار البايع الاول واقراره حجة عليه لا على غيره وانما قلنا انه لم يوجد من المشتري الاول الاقرار لان قول البايع الاول عبدي هذا ابق فاشتره مني ليس بكلام يقتضي جوابا بل هو امر للمشتري بالشرا وليس بشطر البيع حتى يقتضي جوابا فاذا لم يكن قول البايع كلاما يقتضي جوابا لم يصر المشتري مجيبا فلا يصير كالمتكلم بما خاطبه البايع ولهذا لا يتم البيع بقوله اشتريت ولو كان قول البايع شطر العقد ويقتضي جوابا لتم بقوله اشتريت وكذا لو قال عبدي هذا ابق فبعته منك لان قوله بعته منك منفصل عن الاول ومن حجة المشتري ان يقول ان قولي اشتريت جوابا لقوله بعته منك لا لقوله عبدي ابق لان ذلك ليس من العقد في شي وقول المشتري يتضمن اعادة كلام البايع في صيرورته جوابا له لا فيما وراء ذلك واذا لم يصر مقرا لا يرد عليه ولا يرجع بالنقصان الا باثبات الاباق عنده بحجة ولو كان البايع الاول قال للمشتري الاول قد بعتك هذا العبد على انه ابق او على اني بري من اباقه فقال اشتريت فليس للمشتري الاول ان يرد على بايعه بعيب الاباق لحصول البراة عنه وللمشتري الثاني ان يرده على المشتري الاول اذا اقام البينة على مقالة البايع الاول في عقد البيع لان المشتري الاول صار مقرا بالاباق في العبد معنى لان قول البايع بعتك عبدي هذا على انه ابق وعلى انه بري من اباقه كلام محتاج الى الجواب لانه شطر البيع ولهذا تم البيع بقوله اشتريت وقد شرط البايع شرطا زايدا واذا قال اشتريت صار مجيبا لجميع ما نطق به البايع والشرط جميعا فصار كان المشتري اعاد ما قال البايع ويصير كانه قال اشتريت على انه ابق وعلى انك بري من اباقه ولو صرح بهذا كان المشتري الاول مقرا بكون العبد ابقا لانه اضاف الاباق الى العقد ووصفه به الا ترى انه لو قال بعت منك هذا العبد على انه خباز او كاتب فقال اشتريت كان قوله جوابا للكل وصار الوصف داخلا في العقد ويصير من اجزا المبيع معنى حتى يثبت له حق الرد بانعدامه وهنا لانه جعل الاباق صفة له للحال كانه اخرج الكلام مخرج التحقيق فاقتضى وجود تلك الصفة فيه للحال بخلاف المسالة الاولى لان قول البايع اخبار غير مفتقر الى الجواب ولو كان البايع الاول قال في عقد البيع قد

قد بعتك هذا العبد على اني بري من الاباق فاشتراه الاول على ذلك والمسالة بحالها واقام المشتري الاخر البينة على هذه المقالة لم يستحق بهذا شيا حتى يقيم البينة على المشتري الاول انه باعه وهو ابق لانه لم يوجد من المشتري الاول الاقرار بكون العبد ابقا لان البايع لم يضف الاباق الى العقد ولا وصفه به حتى يصير قول المشتري اشتريت جوابا له ووصفا له معنى قال بعضهم وقال انه لم يضف الاباق الى العبد المبيع فيحتمل انه اراد به اباقه ويحتمل انه اراد به اباق غيره بخلاف قوله على انه ابق وعلى انه بري من اباقه لانه وصف له الان فيه نظر لانه وان لم يضف اليه صريحا لكن اضاف اليه معنى ودلالة لان اباق غيره لا يذكر في بيعه ولا يبرا عن اباق غيره في بيعه وانما العلة ما ذكرنا انه لم يضف الاباق اليه ولا وصف العبد به فان قيل لا بل اضاف اليه ووصفه به لان البايع اضافه اليه ووصف به من حيث المعنى لان المراد من الاباق هذا العبد لما ذكرنا الا ترى ان المشتري الاول لو جاء بالعبد وقال وجدته ابقا واراد ان يرده على بايعه لا يقدر على ذلك والمشتري صار مجيبا له فصار كلامه متضمنا اعادة كلام البايع فصار مضيفا الاباق اليه ووصفه به قيل له نعم المراد من الاباق في كلام البايع اباق هذا العبد لكن لا يقتضي قيام الاباق وتحقيقه في الحال ولا وصف العبد به لان هذا الكلام للتبري عن العيب وانبرام البيع وعدم التمكن من الرد فيحتمل انه اراد به التبري من اباق قايم في الحال ويحتمل انه اراد به التبري عن اباق يحدث بعد التبري قبل التسليم فان البراة عنها صحيحة وكل ذلك سبب الرد والابرا لا يحصل الا بالتبري منهما فان كان المراد هو الاول يكون اقرارا من المشتري بقيام العيب في الحال وان كان المراد هو الثاني لا يكون اقرارا من المشتري بقيام العيب في الحال وان كان المراد هو الثاني لا يكون اقرارا من المشتري بقيام العيب في الحال فلا يثبت كونه مقرا بالشك والاحتمال بخلاف قوله من اباقه لانه مع الهاء لا يحتمل التبري عن عيب يحدث لانه وصف له بكونه ابقا واضاف الاباق الى العبد للحال ولا يوصف العبد بكونه ابقا بوصف معدوم قد يوجد في المستقبل فكان اقرارا بكونه ابقا وقت البيع فكان للمشتري الثاني ان يرده عليه الا ترى انه لو شهد شاهدان على رجل انه اشترى هذا العبد على ان البايع بري من الاباق لم يكن هذا اقرارا من الشاهد بكونه ابقا حتى لو اشتراه فوجده ابقا كان له ان يرده بعيب الاباق كما لو شهدا انه باعه بشرط البراة من كل عيب لا يكون اقرارا بوجود العيب لما ذكرنا فيما تقدم ولو شهدا انه باع على انه بري من اباقه ثم اشتراه الشاهد فوجده ابقا ليس له ان يرده بذلك لانه اقر انه ابق على ما ذكرنا فيما تقدم اذا قال اشتره فانه لا عيب به لا يكون اقرارا بانتفا العيب اقرارا ولو قال فانه ليس بابق يكون اقرارا بانتفايه والله تعالى اعلم

باب من البيع في العيب وغيره ما يكون اقالة وما لا يكون

اصل الباب ان المبيع اذا خرج عن ملك المشتري بسبب من الاسباب المملك ليس له ان يرجع بنقصان عيبه على البايع فان عاد الى ملكه ثم علم بالعيب او علم بالعيب بعد زواله عن ملكه ثم عاد اليه ان عاد بما هو فسخ من كل وجه في حقهما وفي حق الثالث كان له ان يخاصم البايع في الرد عليه ان

امكنه الرد وفي الرجوع بنقصان العيب ان لم يمكنه الرد كما هو الحكم قبل خروجه عن ملكه وان عاد
اليه بما هو فسخ في حقهما بيع جديد في حق الثالث لم يكن له ذلك لان في الوجه الاول ارتفع السبب
الظاهر وازال المانع من الخصومة وهو البيع الثاني فيظهر حكم السبب الاول بحقوقه وفي الوجه
الثاني ما ارتفع وما زال المانع ثم الفسخ المطلق ما عاد الى ملك المشتري برفع السبب ومعناه
ان لا يمكن ان يعتبر بيعا جديدا في حق الثالث كالرد بالعيب والاقالة قبل القبض في التعليات
فانه فسخ مطلقا في حقهما وفي حق الثالث لانه تعذر اعتباره بيعا لان بيع المنقول قبل القبض
لا يجوز ولان البيع لا بد له من رضى معتبر لانه ورضاه بالرد قبل القبض غير معتبر لانه ينفرد
به فجعل فسخا في حق الكل ضرورة وكذا الرد بالعيب بعد القبض بقضا لانه تعذر جعله
بيعا لعدم التراضي وكذا الرد بخيار الرؤية والشرط وان حصل الرد بعد القبض بتراضيهما او
بالاقالة اعتبر بيعا جديدا في حق الثالث لقصور ولايتهما على انفسهما وقد امكن جعله بيعا
لوجود حده فاعتبر ليكون عملا باللفظ وهو الفسخ والمعنى وهو تمليك المال بالمال فيحصل
العمل بهما وكان ابو حنيفة اولا يقول كل شي لو ارتفعا الى القاضي يقضي به نفعله هذا دون
القاضي فانه على دعواه ولا يبطل حقه لانه رد بحق ثابت شرعا فلم يبطل حقه في الخصومة كما
اذا رد بقضا وهذا لان قضا القاضي لا ينشي له حقا بل يظهر الحق الثابت بسبب وهو
ظهور العيب فكان حالهما قبل القضا وبعده واحدا ثم رجع الى ما قلنا وحرف اخر ان
العاقدين متى اقرا ببيع ثم اخبرا انه تلجية او فاسدا وفيه خيار فالقول قولهما لانه لا يعرف
ذلك الا بقولهما فيقبل بيانهما في صفة العقد مطلقا حتى لو فسخا العقد بنا على ذلك
كان فسخا ولو اقرا بالبيع ثم تجاحدا لم يقبل قولهما في ذلك بمنزلة الرجوع منهما من تصرف
تعلق به حق الغير الا انه يجعل ذلك مجازا عن الفسخ والاقالة لان لهما هذه الولاية
على انفسهما وبتجاحدهما حكم البيع في حق ثالث وامكن ان يجعل عبارة منه لان الذي يجحد
قصدا ان لا يكون حكم العقد ثابتا اصلا والفاسخ قصد هكذا فصار بينهما مناسبة من هذا
الوجه اذا عرفنا هذا قال محمد رجل اشترى عبدا بالف درهم وتقابضا ثم ان المشتري باعه
من غيره فجحد المشتري الاخر البيع فخاصمه المشتري الاول الى القضا فحلف المشتري
الثاني وعزم المشتري الاول على ترك الخصومة ثم وجد بالعبد عيبا فله ان يرده على البايع
وليس للبايع الاول ان يحتج بانه ادعى البيع من اخر فكان مقرا ببطلان حقه لان المشتري الثاني لما
جحد الشرا كان هذا منه فسخا للعقد في زعم المشتري الاول لانه يجوز ان يجعل كناية عن الفسخ
لما بينا فالمشتري الثاني لما جحد وحلف كان هذا منه فسخا للعقد معنى والمشتري
الاول لما عزم على ترك الخصومة كان هذا منه قصد الفسخ البيع الذي جرى بينهما فتم
الفسخ الا ترى انه لو وقع الاختلاف بين المشتري الاول والثاني في الثمن فتحالفا وفسخ
القاضي بينهما ثم وجد به عيبا كان له ان يرد على بايعه الاول وان كان الفسخ بطلبه يبقى اشكال
وهو انه انما عاد اليه في زعمه بتجاحد المتعاقدين وقد ذكرنا ان التجاحد عن البيع بعد وقوعه

وقوعه بمنزلة الاقالة وهذا لان المشتري يجحد العقد في زعمه ولا حكم لجحوده في وقوع العقد
بعد وقوعه ولهذا لو كان المبيع جارية لا يحل له وطيها فاذا عزم على ترك الخصومة فقد ساعده
على الجحود فصار ذلك فسخا منهما بقولهما وذلك بمنزلة الاقالة الا ترى انهما لو اقرا ثم
تجاحدا كان له حكم الاقالة وكذا لو اقر احدهما ثم تجاحدا الا انا نقول هذا انما يكون ان لو كان
فسخا في حق المقر بنا على التجاحد وليس كذلك لانه لزم المقر حكم الفسخ بالتزام القاضي حيث
خلف المنكر منهما بحلف وقطع القاضي المنازعة بينهما في دعوى العقد فصار القطع بهذا
الطريق كالقطع في دعوى الرد بالعيب والقطع في الاختلاف في الثمن اذا قطع دعوى احدهما
بطريق الالزام وفسخ ما بينهما من العقد يكون فسخا مطلقا ولا يكون له حكم الاقالة كذلك
هنا وهذا لان الجحود حصل برضى الجاحد لكن العزم على الترك من المشتري الاول حصل
بغير رضاه لانه مضطر فيه لانه لما عجز عن اثبات المبيع بالبينة ويكون خصمه بعدما حلف
صار مضطرا الى ترك الخصومة والفسخ والاضطرار مما يسلب الرضا من حيث الاعتبار
والمعنى كالاكراه فكان هذا فسخا حصل بعد القبض بغير رضى احد المتعاقدين من حيث المعنى
والاعتبار فكان له ان يخاصم البايع بخلاف ما لو اقرا ثم تجاحدا او اقر احدهما ثم تجاحدا
لعدم الاضطرار فان قيل جحود المشتري باي طريق يجعل فسخا وعزم المشتري الاول
على ترك الخصومة باي طريق يجعل فسخا قيل له اما الجحد جعلناه مجازا عن الفسخ لان بين
الجحود والفسخ موافقة فان المعنى الخاص في الفسخ ان يعود المبيع الى قديم ملك البايع والثمن الى
قديم ملك المشتري والجحود منهما متى صح حقيقة يظهر انه قديم الملك في المبيع للبايع وفي الثمن
للمشتري فكان بينهما موافقة في المعنى الخاص فجاز جعل الجحود فسخا بطريق المجاز عند تعذر العمل
بحقيقته واما العزم على ترك الخصومة فلانه عزم على الفسخ ورضي بالفسخ الذي وجد من
الجاحد فان فسخ الجاحد كان موقوفا لان احدهما لا يملك الفسخ الا برضا صاحبه فاذا وجد
الرضا منه نفذ الفسخ هذا اذا عزم على ترك الخصومة بعد تحليف المشتري الثاني وحلفه اما اذا
عزم قبل تحليفه فليس له ان يخاصم بايعه في الرد بالعيب لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لجواز
انه ان حلف نكل فاعتبر بيعا جديدا في حق الثالث ثم فرق بين البيع وبين النكاح فان
الزوج اذا جحد النكاح فاستحلف عندهما فحلف ولم يستحلف عند ابي حنيفة ثم عزمت المرأة على
ترك الخصومة في النكاح حيث لا ينفسخ النكاح حتى لو ارادت ان تتزوج بزوج اخر لم يكن لها ذلك
والفرق ان النكاح لا يحتمل الفسخ بسائر اسباب الفسخ من العيب وعدم الرؤية والاقالة
فكذا بهذا السبب فاما البيع يحتمل الفسخ بسائر الاسباب فكذا بهذا السبب ولو ان
المشتري الثاني صدق المشتري الاول في دعوى البيع ثم تصادقا ان ذلك البيع كان
تلجية او ان الثمن كان الى العطا او انه كان للمشتري او للبايع فيه خيار الشرط او
للمشتري خيار الرؤية ونقض البيع بهذه الاسباب ثم وجد المشتري الاول به عيبا
كان عند البايع كان له ان يرده على بايعه لان في التلجية لم يقع بخروج العبد عن ملكه لان

بيع التلجية بمنزلة خيار مشروط لهما ابدا وخيار البايع يمنع زوال المبيع عن ملكه ولهذا لا ينفذ
اعتاق المشتري كما في البيع بشرط الخيار للبايع ولهذا لو اجاز احدهما لم يجز على صاحبه كما لو كان
المبيع بشرط الخيار لهما فالمجيز يكون مسقطا لخياره ولكن خيار الاخر باق في المنع من جواز العقد
فان قال صاحبه قد اجزته ايضا جاز لانهما اسقطا خيارهما ولان البيع كان هزلا منهما ولم يكن مفيدا
حكم لانعدام الاختيار منهما للحكم وقد اختار ذلك الاجازة وتفسير التلجية ان يقول الرجل لاخر
اريد ان الجي اليك عبدي هذا فابيعك تلجية وباطلا وليس بشرا واجب لشيء اخافه فقال نعم وحضر
الشهود هذه المقالة ثم قال له في مجلس اخر قد بعتكه بالف درهم فقال قد قبلت ولم تحضر الشهود و
تصادقا على ما كان بينهما فالبيع باطل لان التلجية بمنزلة الهزل ان يراد بالكلام غير ما وضع له
فالهازل لا يكون مختارا للحكم ولا راضيا به ويكون مختارا للسبب لغير ما وضع له السبب فالملتجي ايضا
يكون مختارا للسبب لغير ما وضع له السبب فلا يكون مختارا للحكم ولا راضيا به فلا يمنع الهزل
والتلجية انعقاد السبب لكن لا يكون موجبا للحكم ما لم ينعدم هذا الوصف وهو كالبيع بشرط الخيار
لهما ابدا يكون منعقدا ولكن لا يكون موجبا للحكم مع بقاء الخيار وفي بقية المسائل انا قررنا زوال
العبد عن ملكه الا ان عاد العبد الى قديم ملكه بما هو فسخ من كل وجه لان المشتري ينفرد بالرد من غير رضا
البايع فتعذر جعله بيعا فاعتبر فسخا فان قيل هنا هكذا ان لو ثبت ما تصادقا عليه من التلجية
وفساد البيع وخيار الشرط والروية في حق البايع الاول ولم يثبت لان البايع الاول باقرارهما اولا
بالبيع مطلقا استحق البراة عن خصومة المشتري الاول معه في العيب فلا يبطل ذلك بتصادقهما
على ما يبطل حقه في البراة وهذا لان الرد بما يصح بتصديق المشتري الاول فكان ذلك رضا منه
بالرد فوجب ان لا يكون له حق الرد على بايعه قيل بتصادقهما لا يبطل حق البايع تبين انه لم يكن ثابتا
اصلا لانهما اقرا ببيع مجمل لان البيع قد يكون باتا وقد يكون تلجية او بشرط الخيار وغيره واسم البيع
يقع على هذه البياعات فكان مجملا فكان البيان اليهما فاذا بينا صح بيانهما فتبين ان الحق
لم يكن ثابتا للبايع الاول وهذا لانه لا يعرف وجود البيع الا بقولهما ولو انكر وجوده اصلا
كان القول قولهما فاذا انكرا صفة العقد كان القول قولهما ايضا وهذا لانه مسلم عدل
فالظاهر انه لا يكذب فاذا صدقه صاحبه صار كانا تيقنا حالة العقد بهذه الاوصاف فلا
يمنع الرد الا ترى انه لو ادعى المشتري الثاني على المشتري الاول ان المبيع كان تلجية
او بشرط الخيار وانكر المشتري الاول فاستحلفه القاضي فنكل ورده عليه كان للمشتري
الاول ان يرده على بايعه اذا وجد به عيبا لانه ليس براض في هذا الرد فلا يكون له حكم
الاقالة كذلك هنا ولو تصادقا ان البيع كان صحيحا باتا لا خيار فيه ثم جعل احدهما لصاحبه
خيارا فنقض صاحب الخيار البيع لم يكن للمشتري الاول ان يرد على بايعه بالعيب لان كان
من له الخيار ينفرد بالرد لان هذا الفسخ بمنزلة الاقالة لانه ثبت بتراضيهما بعد تمام العقد
ابرا فكان بيعا جديدا في حق الثالث وكذا لو وجد المشتري الثاني بالعبد عيبا فرده
على الاول بغير رضاه لانه بيع جديد في حق الثالث وان يرده بقضا فله ان يرده

لانه فسخ من كل وجه في حقهما وفي حق الثالث ولو وجد المشتري الثاني بالعبد عيبا
وقد تعذر الرد بعيب حدث عنده او بموته في يده ورجع على المشتري الاول بنقصان العيب
ليس للمشتري الاول ان يرجع على بايعه بالنقصان عند ابي حنيفة رحمة الله وعندهما له ذلك
وهذه مسائل احدها هذه والثانية لو صالح المشتري الاول بايعه على شيء من نقصان العيب
لا يصح عند ابي حنيفة لانه لا حق له قبله وعندهما يصح والثالثة اذا قسم الشريكان وتقابضا
فباع احدهما ما اصابه فوجد المشتري به عيبا ورده بقضا له ان ينقض القسمة وان رده بغير
قضا لا ينقض وان تعذر الرد ورجع على البايع بالنقصان لا يرجع هو على شريكه بشيء وعندهما يرجع
والرابعة اذا اشترى جارية وباعها من غيره فولدت منه ثم استحقها رجل يرجع المشتري على بايعه
بقيمة الولد للغرور وللمشتري الاول ان يرجع على بايعه بالثمن وليس له ان يرجع بقيمة الولد على
بايعه عند ابي حنيفة وعندهما يرجع بقيمة الولد لان المشتري الثاني لو رد على المشتري الاول بقضا
القاضي كان له ان يرد على بايعه فكذا اذا رجع بنقصان العيب كان له ان يرجع على بايعه لان الرجوع
بالنقصان عند تعذر رد العين بمنزلة رد العين عند الامكان واذا استوجب الرجوع فانما صالح
من حق واجب فيصح وفي الاستيلاد وجب الاول الملك للثاني فيجعل استيلاده من اوجب
له الملك بمنزلة استيلاده بنفسه وهذا لان الرجوع بفوت صفة السلامة الذي صار
مستحقا بالعقد وهذا كما تقرر بين المشتري الاول والثاني فقد تقرر بين المشتري
الاول والبايع الا ترى ان المشتري الثاني لو ردها بالعيب كان للمشتري الاول ان يردها على بايعه
فكذا اذا رجع عليه بقيمة الولد وابو حنيفة يقول انما يرجع الثاني على الاول بالنقصان بطريق
الصلح ولو رد عليه صلحا بغير قضا لم يكن له ان يرده على بايعه فكذا اذا رجع بالنقصان وكذا لو
ان رجع عليه بالنقصان بقضا لان الملك المستفاد من جهة البايع الاول لم يعد الى المشتري بهذا
القضا فلو خاصم في عيب ملك الغير بخلاف ما اذا رد عليه بقضا فقد عاد اليه الملك المستفاد
من جهته فصار كان الزوال لم يكن واذا لم يستوجب الرجوع لا يصح الصلح فقد اخذ بدل
الصلح عن دعوى باطل شرعا فوجب عليه رده وفي الاستيلاد انشا المشتري الاول بايجابه
الملك فيها لغيره بالبيع فرجوع المشتري عليه بما انشاه من الغرور لا بالغرور الذي سبق
من البايع فصار ما انشا من الغرور ناسخا لغرور البايع الاول وهو نظير من خف بيرا
على قارعة الطريق فالقى انسان غيره فيه كان الضمان على الالقي ولا يرجع به على الحافر
فهذه مثله يوضحه ان الرجوع بقيمة الولد بمنزلة الخصومة في العيب والمشتري انما
يخاصم البايع اذا كان المستفاد من قبله قائما له وهنا قد انفسخ ذلك الملك بملك
المشتري الثاني ولم يعد اليه بالرجوع بقيمة الولد اليه بخلاف ما اذا رد عليه بالعيب
على ما ذكرنا رجل اشترى من رجل عبدا بالف درهم وتقابضا وباعه المشتري من اخر وبقا
بصا واقر بذلك عند القاضي ثم جحدا وقالا لم يعز عندك بهذا كان جحودهما مناقضة للبيع
لانه تعذر العمل بحقيقة الجحود لانه عرف القاضي البيع بينهما وانكر العمل بمجازه فجعل جحودهما مجازا

عن الفسخ ولان الجحود رجوع عن البيع فصار كانهما قالا رجعنا عن البيع الاول وذلك فسخ وكذا هذا وليس له الرد على الاول ولا الرجوع بنقصان العيب لان الجحود لما صار مجازا عن الفسخ صار كانهما نصا على الفسخ والاقالة فكان بيعا جديدا في حق الثالث وكذلك لو كان الاقرار والجحود منهما عند غير القاضي وقد اقر بذلك كله ولو اراد المشتري الاول اخذ العبد لم يكن للاخر ان يمسكه لانه صار له حكم الفسخ كان له بالتراخي فعاد العبد الى ملك البايع فلا يكون له حق امساك ملكه ولو اعتقه الاول جاز ولو اعتقه الثاني لا يجوز لان اعتاق الاول صادف ملكه واعتاق الثاني لا رجل اشترى عبدا بالف درهم وتقابضا ثم اراد ان يرده بعيب فاقام البايع البينة على اقراره انه باع العبد فليس له ان يرده لان البينة قامت عن خصم فثبت اقراره بالبيع بالبينة والثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا اقراره بالبيع لم يكن له ان يخاصم البايع في الرد بالعيب فكذلك هنا ولو اقام البينة انه باع من فلان وفلان غايب لم تقبل بينته لانه يثبت البيع للغايب وليس له خصم حاضر وما يدعي على الحاضر وهو سقوط حق الرد ليس من جنس ما يدخل تحت القضا وليس من الامور اللازمة للبيع حتى يتضمن التعدي الى الغايب فبقي القضا على الغايب مقصودا وذلك لا يجوز ولو اقام البايع البينة انه باعه من فلان وفلان حاضر يجحد الشرا وجحد المشتري الاول ايضا فجحودهما بمنزلة الاقالة ولا يرد الاول بالعيب على بايعه ولا يرجع بنقصانه لان البينة قامت من خصم على خصم فكانت مقبولة وصار الثابت بالبينة كالثابت معاينة فكان الجحود فسخا وانما قلنا ذلك لان البينة وان قامت من البايع الاول على اثبات بيع جرى بين المشتري الاول وبين المشتري الثاني لكن للبايع الاول في اثباته حق وهو ان لا يرد عليه المشتري الاول فكان خصما في اثباته كما لو ادعى ان فلانا باع هذا العبد من فلان وفلان باعه منه بعدما قبضه تقبل بينته لان يثبت سبب حقه كذلك هنا وكذلك لو كان المشتري الثاني غايبا واقام البايع الاول بينة على اقرار المشتري الاول بالبيع فليس للمشتري الاول ان يرده بالعيب على البايع لان البينة قامت من خصم على خصم فصار الثابت بالبينة كا كالثابت معاينة رجل اشترى دارا وقبضها وسلم الشفيع الشفعة ثم باعها المشتري من اخر وتقابضا وسلم ايضا ثم اقر المشتري الاول والاخر انه لم يكن بينهما بيع وانهما لم يقرا بالبيع فللشفيع ان ياخذها بالشفعة بهذه المقالة لان جحودهما البيع اقالة ولو تقايلا البيع تجدد حق الشفعة للشفيع كذلك هنا ولو اقرا انه كان تلجية لم يكن للشفيع حق الشفعة بهذه المقالة لان بهذا الاقرار تبين انه لم يكن للشفيع حق الشفعة لانه كان ثم بطل والاصل فيه ان في كل موضع لم يكن للمشتري الاول ان يرده على بايعه بالعيب فللشفيع ان ياخذ الشفعة لان الرد على المشتري الاول اذا كان لا يثبت له حق الرد على البايع الاول كان بيعا جديدا في حقه فيثبت له حق الشفعة وفي كل موضع كان للمشتري الاول ان يرد على بايعه بالعيب لم يكن للشفيع فيه شفعة لان الرد يكون فسخا في حق الثالث وبالفسخ لا يتجدد حق الشفعة والله اعلم

باب من البيع الفاسد الذي ينقض اصل

اصل الباب ما ذكرنا غير مرة ان البينة متى قامت على الغايب للقضا بها وليس عنه خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي ولا تقبل لانها لو قبلت وجب القضا على الغايب وانه لا يجوز وان الحق الثابت لا يوخر لحق موهوم لان المتيقن لا يجوز ابطاله بالشك وحرف اخر ان الاقرار المعلوم يصح و يلزم اذا صدقه المقر له لانه يمكن تنفيذه وحرف اخر ان للبايع في البيع الفاسد حق استرداد المبيع بفساد البيع الا اذا تعلق به حق ثابت حق لازم لما عرفنا ان الرد في البيع الفاسد واجب حقا للشرع وحق العبد مقدم على حق الله فلو راعينا حق الله يبطل حق العبد اصلا فيراعى حق الشرع من حيث المعنى دون الصورة رعاية للحقين ولو وقع الاختلاف بين العاقدين في تعلق حق الثالث فالقول قول من انكر لانه يدعي صاحبه ابطال حقه فلا يصدق في حق الاجنبي ولا فرق بين الملك الصحيح والفاسد في نفاذ التصرفات وانما يفترقان في الحل واختلف مشايخنا في طريق نفاذ التصرفات قال بعضهم هو مملوك التصرف دون مملوك العين وهو قول اهل العراق رحمهم الله فانه ذكر في الاصل ان المشتري لو اعتقها او باعها جاز لان البايع سلطه على ذلك والدليل عليه انه لو كان المبيع دارا لا يجب الشفعة ولو ملك العين لوجب ولو كانت جارية لا يحل وطيها ولو كان طعاما لا يحل اكله وقال بعضهم هو مملوك العين وهو قول مشايخ بلخ وهو الاصح لانه ذكر في الشهادات لو ادعى رجل هذه الدار شرا فاسدا كان صاحب اليد خصما لانه مالك الرقبة والدليل عليه انه لو بيعت دار بجنب هذه الدار كان للمشتري ان ياخذها بالشفعة ولو اشترى جارية شرا فاسدا وقبضها ثم ردها يجب على البايع الاستبرا ولو اعتقها المشتري كان الولا له والاب والوصي اذا باع مال اليتيم بيعا فاسدا وقبض المشتري و اعتقه نفذ اعتاقه مع ان تسليطهما على الاعتاق لا يجوز وانما لا يجب الشفعة لعدم انقطاع حق البايع كما في بشرط الخيار الا ترى انه لو اقر ببيع داره وانكر المشتري تثبت الشفعة لانقطاع حقه فكان السبب انقطاع حق البايع ولان فيه تاكيد الفساد وتقريرله وحرمة الوطي لا تدل على عدم الملك كما في الامة المجوسية والاخت من الرضاع ولانه مامور بالرد والوطي اعراض عن الرد واصرار على المعصية وقد ذكرنا اختيار شمس الايمة الحلواني انه مكروه لا حرام وحرمة الاكل لا يدل على عدم الملك فان المستفاد بسبب خبيث مملوك له ولا يحل اكله ولان فيه تقرير المعصية واعراض عن الرد اذا عرفنا هذا قال محمد رجل اشترى جارية شرا فاسدا وقبضها فاراد البايع نقض البيع واخذ الجارية منه فادعى المشتري انه باعها من فلان الغايب وقبضها منه فان صدقه البايع ليس له ان ياخذها لان البايع اقر انها خرجت من ملك المشتري فبطل حقه ووجب له على المشتري قيمتها يوم قبضها وكذلك لو علم القاضي بذلك او حلف البايع فنكل او اقام بينة على اقرار البايع بذلك لان الاقرار الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان كذبه البايع له ان ياخذ الجارية لان حقه في استرداد الجارية متحقق وحق الغايب موهوم لان حقه انما يثبت على اعتبار التصديق وعدلا يصدقه فلو اقام المشتري البينة على ما ادعى من البيع والتسليم لا تقبل بينته ويقال للبايع ان شئت فصدقه وخذ القيمة وان شئت فخذ الجارية كما لو لم تقم البينة قامت على الغايب للقضا بها وليس عنه خصم حاضر

لا قصدي ولا حكمي اما قصدي فلان الغاصب لم يتوكل للبايع في الخصومة واما حكمي فلان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغاصب في الانكار اذا كان بينهما اتصال سبب ولا اتصال بين البايع الاول وبين الغايب بسبب فان البيع ما جرى بينهما وهنا الان ما يدعي ليس بحق من حقوق الفاسد سقوطا اثبوتا ولا يجوز ان يقضى بعقد مقصود بحقوقه ثبتا لحق من حقوق العقد الفاسد لانه لا يصلح تابعا له واذا لم تقبل البينة صار وجودها كعدمها وبقي اقرار المشتري بالبيع فيقال للبايع ان شئت فصدقه وضمنه القيمة يوم القبض ولا سبيل لك على الجارية فان قدم الغايب وصدق المشتري ام كذب وان شئت فكذبه وخذ الجارية لان حق البايع كان متعلقا بعين هذه الجارية والمشتري بهذا الاقرار يريد ابطال حقه في استردادعينها فلا يملك الا بتصديقه فان صدقه واخذ القيمة ثم اخذ الغايب فلا سبيل للبايع على الجارية سوى صدقه الغايب او كذبه اما اذا صدقه فلانهم تصادقوا على زوال الجارية عن ملك المشتري الاول وتقرر الضمان عليه واما اذا كذبه فلانه توفر عليه بدل ملكه بزعمه فلا يبقى له على الجارية سبيل كالمغصوب منه اذا اخذ قيمة المغصوب من الغاصب بزل حقه عن العين حتى اذا حضر لا يبقى للمغصوب منه على العين سبيل فان كذبه البايع له ان ياخذ الجارية لما قلنا فان اخذها ثم حضر المقر بالشرا فكذلك فان كذب المشتري في اقراره سلمت الجارية للبايع لان اقراره للغايب بطل بتكذيبه وان صدقه ردت عليه الجارية يريد بعد ما نقد المشتري الثاني ثمنها للمشتري الاول واخذ البايع الاول القيمة من المشتري الاول لان المقر له لما صدق المشتري الاول استند التصديق الى وقت الاقرار على ما ذكرنا قبل هذا وظهر ان البايع اخذ الجارية بعد ما اقر المشتري بها لغيره في ملكه فصح اقراره الا انا لا نعتبر اقراره في الحال لاحتمال التكذيب فاذا صدقه تبين ان الاقرار كان صحيحا وان البايع اخذ الجارية بغير حق فيسترد منه هذا اذا اقام المشتري البينة انه باعها من فلان ولو لم تقم البينة على ما ادعى فكذلك لان ثمة بطلت البينة وهذه الاحكام ترتبت على الاقرار وقد وجد الاقرار هنا هذا اذا كان المقر له بالبيع معلوما اما اذا كان مجهولا بان قال بعتها وخرجت من ملكي ولم يبين ممن باع او قال بعتها من رجل لا يعتبر اقراره وتوخذ الجارية منه ولا يجبر البايع بين اخذ الجارية او القيمة بل ياخذ الجارية بعينها لان في الفصل الاول لما بطل الاقرار مع ان المقر له معلوم وانه صحيح فلان يبطل هنا واقراره للمجهول فاسد كان اولى وانما يخير البايع في المسالة الاولى ولا يخير في هذه المسالة لان ثمة الاقرار صحيح لانه للمعلوم ولهذا لو صدقه صح وبطل حق البايع وهنا الاقرار للمجهول وانه باطل ولهذا لو ادعى انسان لا يعتبر دعواه الا ترى انه لو قال لو كان لرجل على الف درهم او غصبت من رجل الف درهم كان الاقرار باطلا الا ترى ان المشتري لو قال ليس لي هذه الجارية وانما هي لغيري حين اراد البايع ان يستردها لا يلتفت الى قوله كذلك هنا فلو استردها البايع ثم حضر رجل وادعاها فقال للمقر له هذا وصدقه الرجل لا يلتفت الى قولهما لانه بطل الاقرار بجهالة المقر له فتصادقهما بعد الاسترداد بمنزلة اقرار مبتدا فلا يصدقان في ابطال حق البايع فرق بين هذه المسالة وبينما

ذكرنا في الباب المتقدم ان المشتري اذا اراد الرد بالعيب فاقام البايع البينة انه اقر بالبيع من فلان او اقام انه اقر بالبيع مطلقا ولم يذكر المشتري فانه يبطل حق المشتري في الرد بالعيب سوا بين الاقرار بالبيع لمعلوم ولمجهول ثمة وهنا فرق والفرق ان في الباب المتقدم المخاصم هو المشتري لانه يريد الرد بالعيب واقرار المخاصم متى ثبت من مجهول يثبت اقراره بزوال المبيع عن ملكه ولو ثبت هذا لم يبق له حق الخصومة مع البايع في الرد بالعيب فتقبل البينة لاثبات هذا اما في هذا الباب المخاصم هو البايع لانه يريد الاسترداد والمشتري يخاصم والمخاصم متى اقر بالبيع لمجهول حتى يثبت الاقرار بزواله عن ملكه لا يندفع الخصومة لان المخاصم متى اقر ان ما وقع فيه الخصومة فكذا لا تقبل البينة لاثبات هذا الا ترى ان ثمة لو اقر عند القاضي بخروجه عن ملكه بطل حقه في الرد على البايع لانه اقر على نفسه فيصح وهنا لو اقر لا تندفع الخصومة لانه دعوى على البايع بابطال حقه ولم يتعلق به حق الغير ولان حق الاسترداد للبايع في البيع الفاسد لا يبطل بمجرد اقرار المشتري بل بثبوت الملك للمشتري الثاني الا ترى انه لو اقر لمعلوم حاضر وهو يكذبه لا يبطل حق البايع في الاسترداد فتثبت ان المبطل لحق البايع ثبوت الملك للغير ولهذا لا يبطل بالعرض على البيع فاذا اقر لمعلوم فهذا الاقرار ثبوت الملك فانه اذا صدقه ثبت الملك فجاز ان يكون حق الاسترداد للبايع موقوفا اما اذا اقر لمجهول فهذا الاقرار لا يتضمن ثبوت الملك للغير فانه لو جا انسان وادعاه لا يلتفت اليه فلا يبطل حق الاسترداد فاما بطلان حق المشتري في الرد بالعيب لا يتعلق بثبوت الملك للغير بل بمجرد اقراره بزواله عن ملكه ولهذا لو اقر انه ليس يملك له يبطل حقه في الرد وان لم يثبت الملك للغير ويبطل بالعرض وكذا لو اقر بالبيع لحاضر وهو يكذبه بطل حقه في الرد وان لم يثبت الملك للمقر له فاذا وجد الاقرار يبطل وكذا لو قال المشتري هي لغيري او هي لفلان اخذها البايع حتى يحضر المقر له فان حضر فادعاها ردت عليه واخذ البايع القيمة على ما ذكرنا

باب من البيوع التي يختلف فيها في الثمن

اصل الباب ما ذكرنا غير مرة ان البينة على المدعي واليمين على من انكر بالحديث المعروف وحرف اخر ان المتبايعين اذا اختلفا في مقدار الثمن او في جنسه او في المعقود عليه والمبيع قايم بعينه يتحالفان ويترادان بالاجماع الا ان الاختلاف اذا كان قبل القبض يتحالفان قياسا واستحسانا وان كان بعده يتحالفان استحسانا بالنص لانه مقصود احدهما قد حصل فبقي الدعوى في جانب واحد وقد بينا هذا وان اختلفا في شرط زائد في العقد يصح العقد بدونه كالاجل والخيار ونحوهما لا يتحالفان ويكون القول قول المنكر مع يمينه اذا لم يسبق منه اقرار بخلاف الانكار والفرق من وجهين احدهما ان المقصود من التحالف الفسخ والرد بالنص اما للفساد واما ليصل كل واحد منهما الى راس ماله والاختلاف في مقدار الثمن او الثمن بعينه هنا المقصود لانه متى انتفى الثمنان او المثمنان يبقى البيع بلا ثمن ولا مثمن فيكون فاسدا فيجب الرد بسبب الفساد عند محمد وليصل الى راس المال عندهما ولهذا جرى التحالف

بعد الهلاك عنده ويجب القيمة لامكان ترتيب حكم العقد الفاسد ولا يجري عندهما لتعذر وصول
كل واحد منهما الى راس ماله فاما الاختلاف في شرط مستعار في العقد لا يفيد هذا المقصود لانه
متى لم يثبت الشرط بقي البيع بلا شرط والبيع بلا شرط بيع جائز فلا يجب الفسخ والتراد والثاني
ان التحالف انما يجب اذا جعل كل واحد منهما مدعيا ومنكرا لان كل واحد منهما يدعي عقدا غير ما يدعيه
صاحبه لان المبيع بالف غير البيع بالف وخمسماية وغير البيع بماية دينار وبيع العبد غير بيع الجارية
الا ترى انه لو شهد شاهد انه باع هذا العبد بالف درهم وشهد اخر انه باع بالف وخمسماية
او شهد احدهما بالبيع بالف درهم واخر بالبيع بماية دينار او احدهما ببيع العبد واخر ببيع الجارية
لم تقبل اما الاختلاف في شرط مستعار لا يجعل كل واحد منهما مدعيا ومنكرا لان البيع باجل مع البيع
بغير اجل والبيع بشرط الخيار مع البيع المطلق لا يكون عقدين الا ترى انه لو شهد احدهما انه باع منه
بالف درهم الى شهر واخر انه باع منه بالف حال وشهد احدهما انه باع العبد بالف درهم على انه بالخيار وشهد
اخر انه باع بغير خيار تقبل لانهما اتفقا على البيع وتفرد احدهما بالاجل واللزوم فما اتفقا عليه
ثبت وما تفرد به احدهما لا يثبت وهذا عندنا وعند زفر والشافعي اذا اختلفا في الاجل
يتحالفان لان هذا في معنى الاختلاف في مقدار الثمن فان المؤجل انقص من الحال في معنى
المالية ولهذا يشترط التقابض في الصرف لكنا نقول اختلفا في مدة ملحقة بالعقد شرطا فيكون
القول قول من ينكرها ولا يجري التحالف كما لو اختلفا في خيار الشرط وهذا لان التحالف انما عرف
بالنص وانما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ما يتم به العقد فلم يكن
في المعنى المنصوص عليه فاخذنا فيه بالقياس وجعلنا القول قول البايع سوا انكر زيادة
الاجل فرق بين هذا وبين الاجل في باب السلم فان هناك القول قول من يدعي
الاجل عند ابي حنيفة استحسانا انهما كان وعندهما ان ادعى الطالب الاجل فكذلك
وان كان المطلوب هو المدعي فالقول قول الطالب لانكاره قياسا وعند زفر
والشافعي رحمهم الله يتحالفان لما قلنا ولان السلم لا يصح الا بالاجل فصار كالاختلاف فيهما
في الوصف لهما ان الاجل حق المطلوب قبل الطالب فاذا ادعى المطلوب وانكر الطالب فكلامهما
خرج مخرج الدعوى والانكار فيكون القول قول المنكر واذا ادعى الطالب فالمطلوب
في انكاره متعنت لان الطالب اقر له بحقه وهو ينكر ليفسد العقد فلا يلتفت الى قوله
كما لو اختلف المضارب ورب المال فقال رب المال شرطت لك نصف الربح الا عشرة
وقال المضارب شرطت لي نصف الربح فالقول قول رب المال لانكاره الزيادة وان كان
فيه فساد العقد ولو قال رب المال شرطت نصف الربح وقال المضارب الا عشرة
فالقول قول رب المال لان المضارب متعنت في انكاره بعض ما اقر له به ليفسد العقد
وابو حنيفة يقول الاجل من شرائط السلم فاتفاقهما على العقد اتفاق على ما هو من
شرائطه فكان المنكر منهما راجعا عما اقر به والرجوع عن الاقرار باطل الا ترى
انهما لو اتفقا على النكاح واختلفا في الشهادة كان القول قول من يدعي الشهادة وهذا لان شرط الشي [illegible]

ربثبوت البيع بثبوت الاجل الا ترى ان من نذر صلاة تلزمه الطهارة اما ههنا الاجل ليس من
شرائط العقد ولا من مقتضاه لان العقد يقتضي ابقاء الثمن والمعقود عليه في المجلس فالمشتري
يدعي عليه التاخر وهو ينكر فكان القول قول المنكر وهذا الاختلاف والفرق انما يجي على جواب الاستحسان
اما على جواز القياس القول قول من ينكر الاجل في السلم والعقد فاسد لانه لا يصح الا
بشرط الاجل فمن ينكر الاجل ينكر العقد معنى ولا اجل شرط زائد فاذا اختلفا فيه كان
القول قول من ينكره كان الخيار في البيع بخلاف ما لو اختلفا في بيان مكان الايفاء في السلم
فان القول قول المطلوب عند ابي حنيفة وعندهما يتحالفان ويترادان السلم وقيل
الاختلاف على القلب فان عند ابي حنيفة بيان مكان الايفاء شرط كالصفة فلا بد من ذكره
فالاختلاف فيه يوجب التحالف وعندهما ليس بمنزلة الصفة بل هو زائد لا يحتاج الى ذكره
والاصح ما ذكر في الكتاب فان عندهما تعين مكان الايفاء من موجب العقد ولهذا لا يحتاج
الى ذكره بل يتعين موضع العقد والاختلاف في موجب العقد يوجب التحالف وعند ابي حنيفة موجب
كالاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وجه قولهما ان المالية فيما له حمل ومؤنة تختلف
باختلاف الامكنة فالاختلاف في الصفة وهذا لان المقصود بالعقد المالية ولابي حنيفة
ما ذكرنا ان القياس يمنع التحالف تركنا ذلك بالسنة والسنة جاءت بالتحالف عند الاختلاف
فيما هو من صلب العقد وهو البدل اما المكان ليس من صلب العقد فالاختلاف فيه كالاختلاف
في الاجل وهذا لان المقصود عليه لا يختلف باختلاف مكان تسليمه بخلاف الصفة فالمعقود
عليه اذا كان دينا يختلف باختلاف صفته فلهذا فرق بينهما في حكم التحالف اذا عرفنا هذا قال
محمد رحمه الله رجل اشترى عبدين صفقة واحدة او صفقتين احدهما بعينه بالف درهم الى سنة
والاخر بالف درهم حالة وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فرده واختلفا فقال البايع رددت علي الذي اشتريته
بثمن موجل ولي عليك الف حالة وقال المشتري لا بل رددت عليك الذي ثمنه حال وليس لك ان تطالبني بشي
في الحال فالقول قول البايع ولا يتحالفان سوا كان العبد قايما في يده لانه لا عبرة لاختلافهما في العبد
المردود لان البيع انفسخ فيه وسقط ثمنه عن المشتري حالا كان او موجلا وانما العبرة في الذي
بقي في يد المشتري فالمشتري ادعى انه اشترى بثمن موجل والبايع ينكر فكان القول قوله
لان الاجل يستفاد من جهته ولو انكر الاجل اصلا كان القول قوله فاذا انكر في الباقي كان
القول قوله الا ترى انه لو كان العبد واحدا واختلفا في الاجل حال قيام العقد او بعد الرد
كان القول قول البايع لما ذكرنا كذلك ولا يتحالفان لما مر في اصل الباب وكذلك لو تصادقا
ان احدهما كان حبشيا وكان ثمنه الفا الى سنة والاخر سنديا وثمنه الف وقد مات
العبدان جميعا المردود في يد البايع والاخر في يد المشتري واختلفا في المردود فقال البايع
رددت علي الحبشي وقال المشتري رددت السندي فالقول قول البايع لما قلنا انه انما وضع
المسالة في موت العبدين لانهما لو كانا قايمين او احدهما قايم امكن القاضي معرفة الصادق منهما
بدون الرجوع الى قولهما فان قيل وجب ان يكون القول القول قول المشتري مع يمينه في المسالتين

جميعا اما فى المسالة الاولى فلانهما تصادقا على ان احد الالفين كان موجلا فالبايع بدعواه يدعى
سقوط الاجل والمشترى ينكر فيكون القول قوله كما لو تصادقا على الاجل واختلفا فى امضيه
كان القول قول المشترى ولان الاجل حق المشترى ولان الاجل حق المشترى والبايع يدعى سقوط
حقه وهو ينكر واما فى المسالة الثانية فلانهما تصادقا ان الحبشى صار مملوكا للمشترى والبايع
يدعى انفساخ البيع والمشترى ينكر قيل له هذا المعنى فى حيز التعارض اما فى المسالة الاولى ثم
فلانهما توافقا ان احد الالفين وجب حالا فالمشترى يدعى الاجل فيما هو حال والبايع ينكر
ولان المطالبة فى حال حق البايع فالمشترى يدعى سقوط حقه وهو ينكر ولان الثمن حق البايع
والمشترى بدعوى الاجل يدعى لنفسه حقا فيما هو حق البايع وهو ينكر فكان الترجيح لجانب
البايع لما ذكرنا من الوجوه ولان الاجل فى حق الذى بقى فى يد المشترى ليس بمتفق عليه
وهو مشكل انه فى ثمن هذا او فى ثمن المردود ولا نحكم بثبوته بالشك واما فى المسالة الثانية
فلانهما توافقا ان السندى كان مملوكا للمشترى والمشترى بدعواه يدعى انفساخ البيع فيه
والبايع ينكر فكان القول قوله ولو كان الثمن مختلفا بان اشترى احدهما بالف درهم والاخر بماية
دينار ثم رد احدهما وماتا جميعا ثم اختلفا فى المردود وثمنه فالقول قول المشترى مع يمينه لان حاصل
الاختلاف فى الذى هلك فى يد المشترى فالبايع يقول ثمنه دنانير والمشترى يقول ثمنه دراهم
فقد اختلفا فى جنس الثمن والسلعة هالكة فلا يتحالفان عند ابى حنيفة وابى يوسف ويكون القول
قول المشترى مع يمينه لان هلاك السلعة عندهما يمنع التحالف على ما ذكرنا فى الابواب المتقدمة وعند محمد
يتحالفان لان هلاك السلعة عنده لا يمنع التحالف فيكون المذكور فى الكتاب قولهما واذا تحالفا
عنده يترادان بقيمة الهالك واخذ المشترى الثمنين ويعطى قيمة الهالك ولو كان العبدان
قائمين يتحالفان على الذى فى يد المشترى ويترادان ويرجع المشترى بالثمنين ان كان نقد وسوا
كان البيع صفقة او صفقتين او يكون لكل واحد منهما ثمن على حدة اما اذا كانت متفرقة ح
فظاهر لانه لو لم يرد احدهما وهلك احدهما فى يد المشترى او زال عن ملكه والاخر قائم ثم اختلفا
فى ثمنه تحالفا وترادا عندهم جميعا فهنا اولى واما اذا كانت الصفقة متحدة فهو ظاهر عند ابى يوسف ومحمد
لان عندهما لو اشترى عبدين صفقة واحدة وقبضهما وهلك احدهما فى يده او خرج عن ملكه ثم اختلفا
فى جنس الثمن او فى مقدار ثمن الباقى يتحالفان على الباقى عندهما وهل يتحالفان على الهالك عند ابى يوسف
لا وعند محمد يتحالفان فهنا اولى واما عند ابى حنيفة فى تلك المسالة لا يتحالفان الا ان يرضى البايع
ان ياخذ الحى ولا ياخذ من ثمن المشترى شيئا لانه خرج احدهما عن ملك المشترى فهنا ايضا خرج
احدهما عن ملكه فيجب ان لا يتحالفا عنده ايضا واختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذه المسالة ايضا على الاختلاف فلا يتحالفان
عنده كما فى تلك المسالة والاصح انهما يتحالفان عنده ايضا والفرق له ان التحالف انما امتنع عنده فى العبد الباقى
عند المشترى الا برضى البايع لان المقصود من التحالف شرعا الفسخ ولا يمكن فسخ العقد فى القايم الا برضى لان الفسخ
بالتحالف نظير الفسخ بخيار الروية لانه فسخ ثبت بجهالة الثمن والفسخ بخيار الروية فسخ ثبت بجهالة اوصاف المبيع
وفسخ العقد فى احدهما بخيار الروية وقد اشتريهما صفقة واحدة لا يجوز بغير رضى البايع لما فيه من تفريق الصفقة

الصفقة على البايع قبل التمام لان خيار الروية يمنع تمام الصفقة كذلك هنا اما فى مسالة الجامع
لا يردى الى تفريق الصفقة على البايع لان العبدين جميعا يعودان الى ملك البايع احدهما
بالرد بالعيب والاخر بالتحالف ولو اشتراهما بثمن واحد بماية دينار صفقة واحدة وقبضهما
فمات احدهما فى يده ووجد بالاخر عيبا فرده واختلفا فى قيمة الهالك لا يتحالفان فى
العبد الهالك والقول قول البايع فى قيمة الهالك والبينة بينة اما لا يتحالفان فى العبد
الهالك اما عند ابى حنيفة وابى يوسف فلان عندهما لو اختلفا فى مقدار الثمن او فى جنسه
والسلعة هالكة لا يتحالفان لان ثمن الهالك لا يعرف الا بالحزر فلا يستقيم التحالف فى
حصته ولا يستقيم التحالف فيهما لان احدهما خرج عن العقد فاذا اختلفا فى القيمة اولى واما عند
محمد وجب ان يتحالفا لان الاختلاف فى القيمة يوجب الاختلاف فى الثمن لان الثمن يقسم على
اعتبار القيمة الا انه فرق بين اختلافهما فى مقدار الثمن او فى جنسه وبين اختلافهما فى مقدار
القيمة والسلعة هالكة من وجهين احدهما ان التحالف غير مفيد فايدته وهو وجوب الفسخ
لانهما لو تحالفا صار القيمة مجهولة دون المبيع والثمن وهذا لا يوجب فساد العقد فلا
فلا يجب الفسخ بسبب الفساد وقوله الثمن صار مجهولا لانه يقسم على اعتبار القيمة قلنا
الثمن فى العقد ثمنهما وثمنهما انما الجهالة فى ثمن كل واحد منهما ثبت بحكم الانقسام وهذا
لا يوجب فساد العقد لان هذا يوجد فى كل عقد والثانى التحالف انما يجب اذا كان كل واحد
منهما مدعيا ومنكرا وثمه كل واحد منهما مدع ومنكر لان الاختلاف فى الثمن قدرا او جنسا
مما يوجب تنويع العقد لما ذكرنا فى اصل الباب اما الاختلاف فى القيمة او فى الثمن بناء على اختلاف
القيمة مما لا يوجب تنويع العقد فلا يصير كل واحد منهما مدعيا غير العقد الذى يدعيه صاحبه ولهذا
لو شهد شاهدان انه اشترى هذين العبدين بماية دينار الا ان احدهما الف وقيمة الاخر الفان تقبل
الشهادة ولو اوجب تنويع العقد لا يقبل كما لو شهد احدهما بالبيع بالف واخر بالبيع بالفين واذا لم يجر التحالف
يكون القول قول البايع مع يمينه لوجهين احدهما انهما توافقا على وجوب كل الثمن وتاكد على المشترى بقبض
العبدين ثم اشترى بدعواه ان قيمة الهالك كانت اقل وقيمة المردود اكثر يدعى البراءة عن الزيادة ان لم ينقد
الثمن او ولاية استرداد الزيادة ان نقد والبايع ينكر فكان القول قوله لانه لو انكر البراءة اصلا او ولاية
استرداد الثمن اصلا كان القول قوله فاذا انكر الزيادة كان القول قوله ايضا اعتبارا للبعض بالكل
والثانى ان المشترى لما قبض العبدين دخل العبدان فى ضمانه لو هلكا فى يده كان الهلاك عليه
والمشترى بما ادعى يدعى انه رد نصف المضمون والبايع بما ادعى يدعى قبض ثلث المضمون
وينكر الباقى ولو انكر قبض المضمون اصلا كان القول قوله فاذا اقر بقبض البعض وانكر البعض
كان القول قوله كما لو غصب عبدين ثم ادعى ردهما واقر المالك بقبض احدهما كان القول
قول المالك وكما لو ادعى المديون زيادة فى ايفاء الديون وانكر رب الدين الزيادة كان القول
قوله كذلك هنا وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما البينة فالبينة بينة ايضا لكن
لمعنى اخر وهو ان البايع ببينته تثبت زيادة الف فى قيمة العبد الهالك عند المشترى فكانت

بينة اكثر اثباتا فكانت اولى كالمغصوب منه مع الغاصب اذا اختلفا في قيمة المغصوب واقاما البينة كانت البينة بينة المغصوب منه وكما لو اختلف البايع مع المشتري في الثمن واقاما البينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى وهذا لانه هو المثبت لفعل الثمن ظاهر وان كان منكر سقوطه حقيقة وفي البينات تعتبر الظاهر وفي الايمان تعتبر الحقيقة لان الشهود لا يعرفون على الحقيقة ولا يعلمون الا الظاهر فيعتبر ذلك في حقهم واما المتداعيين يعرفان الحقيقة فيعتبر ذلك في حقهم والبايع منكر حقيقة فانه ينكر زيادة السقوط فكان القول قوله وهو يدعي من حيث الظاهر فيترجح بينة ولهذا لو اختلف المودع مع المودع الى رد الوديعة كان القول قول المودع لانه منكر حقيقة والبينة بينة لانه مدع ظاهرا والفقه فيه ان بالبينة حتى يثبت ظاهر ما يدعيه انتفى ما ينكره حقيقة واستقام قبولها لان ما صلح مثبتا صلح دافعا بطريق الاولى وفي اليمين لو انتفى ما ينكره ظاهرا لا يثبت ما يدعيه حقيقة والفقه فيه ان اليمين لا تصلح مثبتة فلم يكن في شرعها بناء على ظاهر الانكار فائدة فان قيل هذا في حد التعارض لان بينة المشتري تثبت زيادة براءة عن الثمن اذ لم ينفسخ العقد في الثمن وزيادة ولاية الاسترداد ان نقد وزيادة رد المضمون كالغاصب اذا اقام البينة على رد العبدين والمالك اقام على رد عبد واحد كانت البينة بينة الغاصب قيل له زيادة براءة المشتري عن الثمن وزيادة رد المضمون انما يثبت ضمنا لبقية الالف الاخرى من قيمة الهالك فلا تعتبر تلك الزيادة كما في رب الوديعة مع المودع اذا اختلفا فقال رب الوديعة لم ترد وقال المودع رددتها واقاما البينة بينة المودع لان بينته مثبتة للرد وان كان في ضمن هذا الاثبات نفي الضمان منه وبينة رب الوديعة باقية وان كان في ضمنها ايجاب الضمان على المودع فرق بين هذه المسالة وبينما اذا كان لكل واحد من العبدين ثمن على حدة ورد احدهما ومات الاخر واختلفا في مقداره حيث كان القول قول المشتري في ثمن المردود وثمن الباقي في قول ابي حنيفة وابي يوسف والفرق ان في تلك المسالة البايع يدعي على المشتري بزيادة الثمن للعبد الهالك في يد المشتري والمشتري ينكر فيكون القول قوله وفي مسالتنا المشتري يدعي البراءة عن زيادة الثمن وادعى زيادة رد المضمون والبايع ينكر فيكون القول قوله اما عند محمد يتحالفان ويترادان على ما ذكرنا ولو ان البايع قال ثمنهما واحد وهو الفا درهم وقال المشتري كان ثمن الهالك خمسماية وثمن المردود الف وخمسماية فعندهما القول قول المشتري مع يمينه وعند محمد يتحالفان ويترادان على القيمة لانه لا اعتبار لاختلافهما في ثمن المردود بقي اختلافهما في ثمن الهالك عند المشتري فالمشتري يقول ثمنه خمسماية لا غير والبايع يدعي الزيادة فهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه ولان تمليك الثمن مستفاد من جهة المشتري وهو يدعي ان الثمن مفصل وثمن الهالك خمسماية وجب بتسمية على حدة وقد انفسخ العقد في المردود باتفاقهما والبايع يقول ثمنهما واحد وقيمتهما سوا فكان هذا اختلافا في قدر الثمن بعد هلاك السلعة فكان على الخلاف وفي المبسوط اذا اشترى عبدين فقبض احدهما ومات الاخر عند البايع ثم اختلفا في قيمة المقبوض وفي قيمة الاخر فالقول قول المشتري مع يمينه لان حاصل اختلافهما في مقدار ما قبضه المشتري فالبايع يقول قبضت ثلثي المعقود

عليه فان قيمة المقبوض الف وقيمة الاخر خمساية والمشتري ينكر ذلك ويقول ما قبضت الا الثلث المعقود عليه فان قيمة المقبوض خمساية وقيمة الاخر الف فالقول قول المشتري لانكاره القبض فيما زاد على الثلث الا ترى انه لو اشترى كر حنطة وقبض بعضه وهلك الباقي عند البايع فقال المشتري قبضت منك ثلثه وقال البايع نصفه كان القول قول المشتري مع يمينه ولو كان المشتري قبض العبدين فمات احدهما عنده وجاء بالاخر يرده بالعيب فاختلفا في قيمة الميت كان القول قول البايع مع يمينه لان المشتري هنا قبض جميع المعقود عليه ثم وقع الاختلاف بينهما في مقدار ما رده بالعيب فالمشتري يدعي الزيادة فيه والبايع ينكر فكان القول قوله مع يمينه توضيح الفرق ان هناك نحن نعلم ان الثمن كله لم يتقرر على المشتري فالاختلاف بينهما في مقدار ما تقرر من الثمن فالبايع يدعي زيادة فيه فالمشتري ينكر وهنا اتفقا ان جميع الثمن تقرر على المشتري بالقبض ثم الاختلاف بينهما في مقدار ما سقط عنه بالرد فالمشتري يدعي زيادة في ذلك والبايع منكر فيكون القول قوله ويقسم الثمن على قيمة الذي يريد رده غير معيب وعلى قيمة الميت كما اقر به البايع لان الانقسام على قيمة المبيع كما دخل في العقد وقد دخل في العقد غير معيب ولو اقاما البينة على قيمة الميت اخذت بينة البايع ايضا لانها مثبتة الزيادة في المشهود به وهو قيمة الميت والمثبت للزيادة من البينتين مرجح ولو اشترى عبدا بثوبين وتقابضا ثم استحق احد الثوبين فقال الذي كان عنده الثوبان استحق اغلاهما ثمنا وقال الذي باعهما بل استحق الذي ارخصهما ثمنا فالقول قول المشتري في الثوبين مع يمينه لانهما تصادقا على انه لم يسلم لبايع الثوبين جميع العبد حين استحق احد الثوبين وانما الاختلاف بينهما في مقدار ما يثبت لبايع الثوبين من العبد وهو يدعي زيادة في ذلك فعليه ان يثبتها بالبينة وان لم يكن لهما بينة فالقول قول المنكر مع يمينه

باب البيوع التي يقع فيها الاختلاف في الثمن بين البايع والمشتري في العروض والديون

اصل الباب ان المتبايعين اذا اختلفا في بدل السلعة حال قيامها يتحالفان ويترادان على ما ذكرنا وان اختلفا بعد هلاك السلعة في يد المشتري فهذا على اربعة اوجه اما ان تصادقا ان بدل السلعة كان ثمنا بان تصادقا انه كان دراهم او دنانير او مكيلا او موزونا بغير عينه في الذمة لكن اختلفا في جنسه او قدره او تصادقا على ان بدل السلعة كان مبيعا بان تصادقا انه كان عروضا الا انهما اختلفا في جنسه او قدره واختلفا فادعى احدهما ان بدل السلعة كان ثمنا وادعى الاخر كان مثمنا او ادعى احدهما ان بدل السلعة كان ثمنا ومثمنا بعينه وادعى الاخر انه كان ثمنا كله ففي الوجه الاول لا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف ويكون القول قول المشتري مع يمينه لما ذكرنا في الابواب المتقدمة ولان فائدة التحالف الفسخ فلا بد من قيام المعقود عليه كما في الاقالة وعند محمد يتحالفان على القيمة وفي الوجه الثاني يتحالفان عندهم جميعا ويفسخ العقد على العرض القايم مقصودا وعلى الهالك باعتبار القيمة حكما وتبعا للقايم كما في الاقالة بعد هلاك احد العوضين في بيع المقايضة وفي الوجه الثالث ان كان المدعي

للثمن هو البائع فالجواب فيه كالجواب في الوجه الاول وان كان المدعي لذلك هو المشتري فالجواب فيه
كالجواب في الوجه الثاني لان البيع قابل للفسخ في زعم احدهما غير قابل في زعم الاخر فوجب التحالف من
وجه دون وجه فاوجبنا التحالف متى كان المدعي للثمن هو المشتري عملا بما يوجب التحالف ولم يوجب متى
كان المدعي للثمن هو البائع عملا بما يوجب منع التحالف لان العمل بهما في حالة واحدة متعذر فعملنا
بهما في حالين عملنا بما يوجب التحالف متى كان المدعي للثمن هو المشتري لانا لو اعتبرنا ما يوجب التحالف
متى كان المدعي للثمن هو البائع لا يمكننا تحليف البائع لان البائع انما يحلف بدعوى المشتري لا يدعي
على البائع شيا متى ادعى ان بدل السلعة كان ثمنا كله فلا يمكن العمل بهما واما اذا كان المدعي للثمن
هو المشتري امكن تحليف البائع لان المشتري يدعي عليه بيع هذا البدل العين وهو ينكر فكان كل
واحد مدعيا ومنكرا فيتحالفان وفي الوجه الرابع ان كان المدعي للثمن والمثمن هو المشتري
تقسم السلعة على الثمن اقرب المشتري وعلى قيمة العرض فما كان حصة السلعة من الثمن فالقول
قول المشتري عندهما ولا يتحالفان وما اصاب حصة العرض يتحالفان ويغرم المشتري قيمة حصة
العرض من السلعة للبائع وان كان المدعي للثمن والمثمن هو البائع لا يتحالفان عندهما والقول قول
المشتري في الكل اعتبارا للبعض بالكل اذا عرفنا هذا قال محمد رجل اشترى جارية وقبضها ثم ماتت
في يده ثم اختلفا فقال المشتري اشتريتها بالف وبهذا الوصيف وقال البائع بعتكها بالفي درهم
فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قسمت الجارية على الالف وعلى قيمة الوصيف فان
كان قيمة الوصيف خمسماية مثلا فالقول قول المشتري في ثلثي الجارية مع يمينه لان البائع
يدعي انه باع منه ثلثي الجارية بالف وثلثماية وثلاثة وثلاثين وثلث والمشتري يدعي انه
اشترى الثلثين بالف درهم والسلعة هالكة فكان القول قوله وعليه الف درهم واما ثلث
الجارية فالبائع يدعي انه باعه بثلث الالفين وذلك ستماية وستة وستون وثلثان
والمدعي يدعي انه اشتراه بهذا الوصيف فيتحالفان لان المعقود عليه في احد الجانبين قايم
وانه يكفي للتحالف ولان المشتري يدعي بيع الوصيف من البائع وهو ينكر فيحلف واما عند محمد
يتحالفان في الكل لما قلنا ثم عندهما اذا جرى التحالف في الثلث يتحالفان في الكل
فيحلف البائع ما باعه الجارية بالف وبالوصيف ويحلف المشتري ما اشتراها بالفين
فاذا حلفا غرم المشتري ثلث قيمة الجارية مع الالف التي اقر انها ثمن ثلثي الجارية لانهما
اذا حلفا ينفسخ العقد في ثلث الجارية فوجب عليه رده وقد عجز من رده بالهلاك فيجب
عليه قيمته كما هو القول لمحمد في التحالف بعد هلاك المعقود عليه وعنده يجب عليه جميع
قيمة الجارية وانما يحلف عندهما لان المشتري ادعى ان بدل الجارية ثمن ومثمن والبائع
ادعى ان بدلها الثمن كله وقد ذكرنا ان في هذا القسم يتحالفان عندهما اعتبارا للبعض بالكل
وانما بينا الامر على زعم المشتري لان القول في جانب الثمن قوله ولان يمين البائع
في التحالف حق المشتري واذا كان يزعم في بعض الثمن عرض كان طالبا ليمينه ثم
ذكر ان عندهما يحلف كل واحد منهما على كل الجارية كما هو قول محمد فاذا الخلاف في صورة التحالف

التحالف وانما الخلاف في الثمن بعد التحالف حتى يغرم ثلث قيمة الجارية عندهما وعنده جميع قيمة
الجارية وانما يحلف كل واحد منهما على الكل عندهما وان كان حكم التحالف يثبت في الثلث لان المقصود
من الاستحلاف النكول والنكول انما يكون للتحرز عن الكذب ومتى حلفنا البائع على الثلث بالله
ثلث الجارية بالوصيف كما يدعيه المشتري او المشتري بالله ما اشتريت ثلث الجارية بثلث الالفين
لا يبالي كل واحد منهما من الحلف ان كان الامر كما يدعيه صاحبه لانه يحلف متناولا لانه ما باع
الثلث بالوصيف وحده بل باع الكل فلا يكون كاذبا وكذا في جانب المشتري ولان حصة الوصيف
غير معلومة يقينا وانما يعرف بالحزر والظن فكان في هذا ايقاعهما في
الكذب وقيل على قياس قول ابي حنيفة ينبغي ان لا يتحالفان لان التحالف امتنع
في بعضها فيمتنع في كلها كما هو المذهب عنده في هلاك بعض السلعة والصحيح ان
هذا قول الكل لان التحالف انما يجري باعتبار قيام العرض وانه في نفسه في جانب المشتري
كل المبيع الا ترى انهما تبايعا عرضا بعرض ثم هلك احدهما يجري التحالف بالاجماع كذلك
هنا واذا لزم المشتري ثلث قيمة الجارية عندهما او كل القيمة عند محمد رحمه الله واختلفا
في قيمتها فالقول قول المشتري لان عند انفساخ البيع فيها بقي قبض ضمان فيكون القول
قول القابض في مقدار ما عليه كالمودع او الغاصب ودلت المسالة على ان الصحيح في
مسالة كتاب البيوع وهو ما اذا اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ومات احدهما
في يده او خرج عن ملكه ثم اختلفا في مقدار الثمن حتى تحالفا عند ابي يوسف في القايم
يحلف كل واحد منهما على الكل كما هو قول محمد لكي يترادان العقد في القايم وكذا لو قال
المشتري اشتريتها بماية دينار وبهذا الوصيف لان المعنى يجمعهما وكذا لو ادعى انه اشتراها
بالف وشي من العروض او شي من المكيل والموزون بعينه لان المكيل والموزون بعينه مثمن
فصار مدعيا ان بدل السلعة ثمن ومثمن ولو كان البائع ادعى انه باعه هذه الجارية بالف
درهم وبهذا الوصيف وقال المشتري اشتريتها بالفي درهم فالقول قول المشتري مع يمينه
ولا يتحالفان لانه انكر بيع الوصيف والمشتري ادعى ان بدل السلعة كله ثمن والبائع ادعى
انه ثمن ومثمن وهو قسم من الوجه الرابع وفي هذا القسم عندهما لا يتحالفان والقول قول
المشتري وهذا لان يمين الحالف من حق المشتري فيبنى على زعمه وفي زعمه ان الثمن كله
دراهم وقد هلكت السلعة بخلاف المسالة الاولى وكذا لو كان المضموم الى الوصيف دنانير
او مكيلا او موزونا بغير عينه حتى كان ثمنا مطلقا ولو قال المشتري اشتريتها بالف درهم
وماية دينار وقال البائع بعتها بالفين فالقول قول المشتري لانهما تصادقا ان بدل المبيع
ثمن لكن اختلفا في جنسه وهو الوجه الاول وفي هذا الوجه عندهما لا يتحالفان ويكون القول
قول المشتري مع يمينه وكذا لو ادعى انه اشتراها بماية دينار وشي من المكيل او الموزون
بغير عينه فالقول قول المشتري لان المكيل والموزون بغير عينه ثمن وهذا كله تفريع على قول
ابي حنيفة وابي يوسف اما على قول محمد في هذا كله يتحالفان ويترادان وفي المبسوط لو قال البائع

بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري بل هذه الجارية بخمسين دينارا يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما مدع ومنكر حقيقة لان كل واحد منهما يدعي العقد في عين اخر وان اقاما البينة قضي بالبيع فيهما بالف درهم وخمسين دينار ومحمد سوا بين البيع والسلم اذا اختلفا قبل الافتراق بان ادعى رب السلم انه اسلم اليه عشرة في كر حنطة وقال المسلم اليه اسلمت العشرة في كر شعير واقاما البينة فالبينة بينة الطالب عندهما وعنده انا اختلفا بعد الافتراق فكذلك وان كان قبله يقضي بسلمين عشرة في كر حنطة ببينة رب السلم وعشرة في كر شعير ببينة المسلم لان البينات حجج يجب العمل بها ما امكن فلا يجوز ابطال شي منها وهناك يمكن العمل بهما اذ لا منافاة بين العقدين بخلاف ما بعد الافتراق فانه ما قبض في المجلس الا عشرة فلا يمكن القضا بالعقدين فرجحنا بينة الطالب وهما قالا مع اختلافهما اتفقا على انه لم يكن بينهما الا عقد واحد فلا يمكن القضا بالعقدين تقديره انه لا يتصور للمطلوب في هذه البينة اثباتا لانه حقه في راس المال وهو سالم له وانما مقصوده نفي بينة الطالب فرجحنا بينة الطالب للاثبات كما لو كان راس المال ثوبا واحدا ولان بينة الطالب قامت على حق نفسه وبينة المطلوب قامت على حق الغير وبينة الانسان على حق نفسه اولى بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبين فقال رب السلم اسلمت اليك هذا الثوب في كر حنطة وقال المسلم اليه اسلمت الي هذا الثوب في كر شعير لانهما لم يتفقا على راس مال واحد بخلاف العشرة لان كل واحد منهما اقر بعشرة واتفقا عليها والعشرتان اذا اطلقتا انصرفتا الى عشرة واحدة الا ترى انه لو ادعى على اخر عشرين درهما وشهد احدهما بعشرة واخر بعشرة يقضي بعشرة واحدة ولولا ان شهادة احدهما غير العشرة التي لا تقبل شهادة الاخر لا تقبل فان قيل كل واحد منهما يدعي عشرة مقرونة ببدل غير البدل الذي يدعي صاحبه فلا ينصرفا الى عشرة واحدة كما لو ادعى على اخر عشرة وشهد شاهد بعشرة قرضا واخر بعشرة ثمن بيع لم يقبل لان كل واحد منهما اضاف الى عقد اخر قيل له هذا يبطل بالاجارة فانه لو قال اجرتك هذا البيت من هذه الدار بعشرة واقاما البينة قبلت بينة المستاجر ويقضي باجر واحد على جميع الدار وان كان كل واحد مقرونة ببدل يخالفه على ان السبب الذي يدعيه عليه المسلم اليه لغا لانه نفي لما قلنا بخلاف بيع العين فالبائع يثبت ببينته ازالة العين عن ملكه ليسقط مونته عن نفسه بالتسليم الى المشتري فكان هو مثبتا كالمشتري فقضينا بالعقدين بخلاف السلم لانه لا مونة عليه فيما في ذمته في الحال حنطة كانت او شعيرا فكان مقصوده النفي وان قال المشتري ابتعت منك هذا العبد الذي في يدي بالف درهم ونقدت الثمن وقال البائع ما بعتك هذا العبد انما بعتك جارية بهذه الالف وقبضت الثمن ودفعتها اليك فكل واحد يحلف على دعوى صاحبه فان حلف البائع رد عليه العبد لان العقد قد انتفى بيمينه فيه وقد اقر ذو اليد انه كان مملوكا في الاصل واذا حلف الذي كان في يده العبد ما اشترى الجارية فعلى بايعها رد الالف عليه وان قامت لهما بينة يقضي بالبينتين وعلى المشتري الف اخرى وان قال البائع

البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتني معها هذا الوصيف بخمسين دينارا واقاما البينة فهما جميعا للمشتري بمائة دينار وتقبل البينتان جميعا ويقضي بعقدين لان كل واحد منهما يثبت زيادة في حقه فبينة كل واحد منهما على ما يثبت من الزيادة في حقه مقبولة وقيل هذا قول ابي حنيفة الاخر وهو قول ابي يوسف ومحمد اما في قوله الاول وهو قول زفر والحسن يقضي بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا اذا استوت قيمتهما وجه قوله الاول انهما تصادقا على بيع الجارية واختلفا في ثمنها فالبائع ادعى بيعها بمائة دينار والمشتري ادعى شراها بخمسة وعشرين دينارا لانه ادعى شرى الجارية مع الوصيف بخمسين دينارا فبينة البائع اولى لانها تثبت الزيادة فيقضي ببيع الجارية بمائة دينار ثم المشتري ادعى شرا الوصيف بخمسة وعشرين دينارا والبائع ينكر بيعه فتقبل بينة المشتري فصارا بمائة وخمسة وعشرين دينارا الا ترى ان كل واحد منهما لو ادعى ثمنا خلاف ما ادعى الاخر كان الجواب ما قلنا عندهم جميعا وجه قوله الاخر ان البينة المثبتة للزيادة اولى ثم في بينة البائع زيادة الثمن وفي بينة المشتري زيادة المبيع فيقضي ببينة كل واحد منهما بالزيادة التي يدعيها ولو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة بالعبد وتقبل البينة البائع دون المشتري لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع فبينة على حقه اولى من بينة المشتري على حقه ولانه يثبت ببينة الحق لنفسه في العقد والمشتري نفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي

باب من البيوع التي فيها الاختلاف فيما يجب للبائع على المشتري وللمشتري على البائع

اصل الباب ما ذكرنا غير مرة ان البينة على المدعي واليمين على من انكر والبينة تترجح بكثرة الاثبات وحرف اخر ان السلم يفسد باشتراط الخيار لهما او لاحدهما لان خيار الشرط يعدم الملك ويجعل العقد في حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار وهذا لان الخيار يمنع الملك فاذا كان لرب السلم لا يملك عليه راس المال واذا كان الخيار للمسلم لا يملك رب السلم فيه فكان تاثيره اكثر من تاثير عدم القبض وعدم قبض الراس المال في المجلس يبطل السلم عندنا فاشتراط الخيار فيه اولى وهذا لان القبض حكم العقد والخيار يدخل على حكم العقد فيجعله متعلقا بالشرط لان قوله على اني بالخيار شرط ولا يمكن ادخاله على نفس السبب فالسلم لا يقبل التعليق بالشرط فيجعل داخلا على الحكم ولو دخل على السبب كان داخلا على الحكم ايضا ومعنى الغرر عندنا دخاله على الحكم دون السبب اقل فصار العقد بشرط الخيار كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط عدم قبله وبهذا تبين ان القبض لم يتم والافتراق قبل تمام القبض يبطل العقد ولهذا لا يجوز الصرف مع شرط الخيار الا ان يبطل صاحب الخيار خياره قبل ان يتفرقا فحينئذ ينقلب العقد صحيحا عندنا خلافا لزفر فان عنده تصحيح الفاسد بالاستقبال فقط وعند المفسد اذا ازال قبل تقرره جعل كان لم يكن كاسقاط الاجل في البيع الى الحصاد والدياس واسقاط الخيار في البيع اكثر من ثلثة ايام قبل دخول اليوم الرابع عند ابي حنيفة لان العقد وقع فاسد تصحيحه باستقباله كالنكاح بغير شهود لا ينقلب صحيحا بالاشهاد والنكاح الى اجل لا ينقلب صحيحا باسقاط الاجل وكما لو باع بالف ورطل من خمر ثم اسقط الخمر وكما لو باع درهما بدرهمين ثم اسقط احدهما

لكنا نقول المانع من صحة العقد قبل نقزه فصح البيع كما لو باع فصا في خاتم او جزعا في سقف ثم نزعه وسلمه الى المشتري وهذا لانه امتنع انبرامه بشرط مستفاد في العقد فاذا ارتفع انبرم وتم كالبيع بشرط الخيار ثلثة ايام ينبرم ويتم باسقاط الخيار قبل الثلاثة وتحقيق هذا الكلام وهو ان نفس الخيار ونفس الاجل غير مفسد للبيع انما المفسد الافتراق قبل القبض وجهالة الاجل وقد انعدم ذلك متى اسقط الخيار قبل ان يفترقا ولان حالة المجلس كحالة العقد ولهذا جعل قبض راس المال في المجلس كالمقترن بالعقد فكذا لزوم العقد باسقاط الخيار في المجلس يجعل كالمقترن وجهالة الاجل غير موجود في الحال فالشتاء ليس بزمان للحصاد بيقين ولكنه وصل ذلك الزمان بما قبله في الذكر ولاجله فسد العقد وهو اتصال بعرض الفصل فاذا اسقطه قبل الاتصال تحقق الانفصال فبقي العقد صحيحا كما في الجذع فانه غير مال متقوم لكونه لاتصاله بالسقف والضرر لا يصح البيع فاذا نزعه زال المانع كذلك هنا حتى لو افترقا او جاء زمان الحصاد وتحقق الاتصال يتقرر الفساد بخلاف النكاح لان المفسد هناك انعدام شرط الجواز ولا يزول ذلك بالاشهاد بعده والنكاح الى اجل متعة والمتعة عقد اخر سوى النكاح وبخلاف البيع الى هبوب الريح وامطار السماء لان ذلك ليس باجل فالاجل يكون منتظر الوجود وهبوب الريح قد يتصل بكلامه فعلمنا انه ليس باجل بل هو شرط فاسد بخلاف الدرهم بالدرهمين والبيع بالف ورطل من خمر لانه انما فسد لمعنى في صلب العقد على انه نص في كتاب الصرف اذا اتفقا على اسقاط الخمر ينقلب صحيحا عندنا الا انه لا ينفرد به البايع لانه تصرف في البدل فلا ينفرد احدهما ولا يتم الا بهما وهنا ينفرد من له الخيار والاجل لانه خالص حقه فيسقط باسقاطه وهذا اذا كان راس المال قائما في يد المسلم اليه عند اسقاط الخيار وان كان انفقه حتى صارت دينا عليه لم يصح العقد باسقاط الخيار لان ابتداء السلم براس مال هو دين لا يجوز فكذا باسقاط الخيار واشتراط تعجيل راس المال وقال مالك يجوز وان لم يقبض راس المال يوما او يومين بعد ان لا يكون موجلا لانه بمنزلة الثمن في البيع فانه لا يشترط قبضه في المجلس الا انه هنا يشترط حالا لان ما يقابله موجل والنسيئة بالنسيئة حرام بالنص ولا ينعدم صفة الحلول بترك القبض يوما او يومين وانا نقول السلم اخذ عاجل باجل فيشترط فيه كون احد البدلين معجلا كما يشترط ان يكون الاخر موجلا ليتوفر على هذا العقد مقتضاه كما قلنا في الصرف والتعجيل انما يحصل بالقبض في المجلس وكان ينبغي ان يشترط اقتران القبض فانه تمام ما يكون من التعجيل لكن الشرع جعل ساعات المجلس كحالة العقد تيسيرا كما في الصرف ثم ان كان راس المال دينا فالعقد يبطل بالافتراق قبل قبضه قياسا واستحسانا لانه دين بدين وان كان عينا ففي القياس لا لا يبطل لانهما افترقا عن عين بدين وذلك جائز كبيع العين بثمن موجل ولكنه استحسن لمراعاة اسم العقد ولان جوازه لحاجة المسلم وانما تتوفر حاجته اذا وصل راس المال اليه فيشترط وصوله الى يده مقرونا بالعقد حالة المجلس كحالة العقد فلهذا يفسد وان كان عينا اذا عرفنا هذا قال محمد رجل اشترى عبدا بالف درهم ولم يقبضه حتى وجده اعور فقال البايع للمشتري انت فقات عينه قبل الشراء ولي عليك نصف القيمة والثمن للمشتري ولا خيار لك

ولا خيار لك لعلمك بالعيب فقال المشتري للبايع لا بل انت فقات عينه بعد البيع وسقط عني نصف الثمن ولي الخيار ان شئت اخذته بنصف الثمن وان شئت تركته ولا بينة لواحد منهما فانه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما مدع ومنكر صورة ومعنى اما البايع فلانه يدعي على المشتري نصف قيمة العبد وجميع الثمن وان لا خيار له والمشتري ينكر ذلك كله والمشتري يدعي براءة نفسه عن نصف الثمن والخيار ودخول العيب في البيع والبايع ينكر ذلك كله فيحلف كل منهما ويبدا بيمين البايع هذا هو الصحيح لانه اسبق انكارا لانه ينكر دخول العيب في البيع وقال بعضهم هذا قول ابي يوسف الاول كما قال في السلم انه يبدا بيمين المسلم اليه وهو البايع والاصح انه هذا بالاتفاق لان البايع هنا اقواهما انكارا لانه ينكر دخول العيب في البيع وينكر خيار المشتري والمشتري ينكر نصف القيمة فحسب فكانت البداية بيمين البايع اولى قال في الكتاب لان البايع يزعم انه باع العبد اعور والمشتري يزعم انه باع صحيحا فالمشتري يدعي الفضل فكان المدعا عليه هو البايع فان قيل لم لا يترجح احدهما بالسبق كما في مسالة زيد وعمرو وبيانه رجل يقال له عمرو ادعى على رجل يقال له زيد الف درهم وانكر زيد ثم ادعى الفي درهم وانكر عمرو فانه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويبدا بيمين زيد لانهما استويا في الانكار فيترجح بالسبق فمن كان سابقا في الدعوى يستحلف خصمه اولا لانه استحق يمينه اولا وهنا لم يترجح بالسبق قيل له انما يترجح اذا لم يوجد مرجح اخر في الدعوى وقد وجد هنا لان البايع صاحب اصل والمشتري صاحب بيع لان البدل من جانب البايع المبيع وانه اصل ولهذا ينفسخ البيع بهلاكه ومن جانب المشتري البدل هو الثمن ولهذا لا ينفسخ البيع بهلاكه ولهذا احتمل البيع الفسخ اذا كان المبيع قائما لا يحتمل اذا كان الثمن قائما فالمبيع هالكا فكانت البداية بصاحب الاصل اولى اذا استويا في الانكار بخلاف مسالة زيد وعمرو لانه ثمة لم يوجد مرجح اخر سوى السبق فيترجح به وبخلاف ما اذا اختلفا في مقدار الثمن والسلعة مقبوضة حيث يبدا بيمين المشتري في قول ابي يوسف الاخر وهو الاصح لانهما ما استويا في الانكار لان المشتري ينكر صورة ومعنى والبايع لا ينكر حق المشتري ولهذا قلنا التحالف بعد القبض ثبت نصا بخلاف القياس فلم يقع التعارض ليترجح بالسبق وان كان قبل القبض فالبايع لا ينكر اصل حق المشتري وهو المبيع انما ادعى لنفسه حق الحبس والمشتري ينكر اصل حق البايع فكان المشتري اشدهما انكارا فلم يقع التعارض ماهنا وقع التعارض ووجد مرجح اخر في حق البايع فترجح وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه لانه متى ظهر القطع من البايع بنكوله انتفى عن المشتري ولانه بذل او اقرار وان حلفا فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بالف درهم وان شاء تركه لانه لما لم يثبت فقء احدهما صار بمنزلة ما لو فات العين بافة سماوية في يد البايع ولو كان كذلك لا يسقط شيء من الثمن لان المبيع دخل في ضمان البايع بالبيع والاوصاف لا تفرد بالبيع فلا تفرد بضمان البيع ولا يسقط شيء من الثمن لكن يخير المشتري كذلك هنا وكذا لو قدرنا ذهاب العين قبل البيع لانها لم تدخل في البيع فكان كل الثمن بمقابلة الذات لكن يخير لوجود العيب وايهما اقام البينة على ما ادعى تقبل بينته وان اقاما فبينة المشتري

اولى لانها اكثر اثباتا لانها تثبت دخول اليد تحت البيع وبينة البايع تنفيه وتثبت الخيار
للمشتري وتنفيه بينة البايع الا ترى انه لو ادعى انه اشترى عبدين بالف درهم وقال البايع
بعت منك احدهما واقاما البينة فالبينة بينة المشتري لما قلنا فان قيل بينة البايع تثبت
ضمان القيمة وبينة المشتري تنفيه قيل له بينة المشتري ايضا تثبت ضمان الثمن وبينة
البايع تنفيه فاستويا في ايجاب الضمان ثم ترجح بينة المشتري بزيادة الاثبات لما قلنا فان قيل
بينة البايع تثبت العقار في وقت سابق على بينة المشتري وكل واحدة منهما قامت في محلها
بدليل ان كل واحدة منهما لو انفردت تقبل ولا يستحلف واحد منهما وقدم في الابواب المتقدمة
ان البينتين اذا قامتا في محلها واحدهما اسبق والاخرى اكثر اثباتا كان السابق اولى قيل له
موضع المسالة هنا ان البايع والمشتري اتفقا على وقت القطع بان اتفقا ان وقت القطع ضحوة
امس الا ان المشتري يقول بيع العبد قبل ذلك والبايع يقول بعد ذلك واذا كان كذلك لم يكن
في الفقات تاريخ انما التاريخ في البيع حتى لو ارخا الفقا كان بينة البايع اولى كما في تلك المسالة
بدا محمد المسالة بالعور وختم بالقطع وكان الفقيه ابو جعفر يقول يحتمل ان محمدا غلبه النوم حين
كتب هذه المسالة ووقع عنده انه وضع المسالة في القطع وغيره كان يقول العور ليس عبارة عن
الفقا بل هو اسم عام لجميع العيوب والفقا والقطع نوع منه فبدا بالجنس ثم عين العيب ولو تصادقا
ان الفاقي هو البايع الا انهما اختلفا في وقته فقال البايع فقاتها قبل البيع ثم بعته منك
بالف درهم وانت لم تعلم به فلك الخيار ان شئت اخذته بكل الثمن وان شئت فدع وقال المشتري
لا بل فقات بعد البيع وسقط عني نصف الثمن ولي الخيار ولا بينة لواحد منهما فالقول قول المشتري
ويأخذ العبد بحصته في قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف وان شاء ترك ولم يذكر قول محمد
وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب ان القول قول المشتري عند جميعا وروى اصحاب الامالي عن
محمد ان القول قول البايع مع يمينه وتخصيص قولهما في الذكر يدل على هذا ظاهرا وهو الاصح
ثم من مشايخنا من قال هذه ظاهر او هو الاصح ومن مشايخنا من قال هذه المسالة فرع لـ
لمسالة ذكرها في كتاب الاقرار وان زيدا ان من اقر بقطع يد انسان وقال قطعت يدك
وانت حربي وانا حربي وقال المقر له لا بل قطعته وانا مسلم مستامن فالقول قول المقر له عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد القول قول المقر وكذا لو اعتق عبده ثم قال قطعت يدك قبل ان اعتقك
وليس علي ارش يدك وقال العبد لا بل قطعت يدي بعدما اعتقتني ولي عليك ارش يدي على قول
ابي حنيفة وابي يوسف القول قول العبد مع يمينه وعلى قول محمد القول قول المقر مع يمينه
ووجه البناء على تلك المسالة ينبني على اصل وهو ان من اقر بسبب موجب للضمان واسنده
الى حالة معهودة منافية للضمان ظاهرا لا قطعا هل يصدق في الاسناد لا عند محمد يصدق
وعندهما لا يصدق في الاسناد فنقول في مسالة الاقرار المولى اقر بقطع العبد والعبد زايل عن
ملكه حالة الاقرار واسنده الى حالة الملك فعندهما صدق في الاقرار بالقطع لانه اقر على نفسه
ولم يصدق في الاسناد لانه بدعوى الاسناد يدعي خلاف الظاهر لان القطع امر حادث والاصل في الحوادث

في الحوادث ان يحكم بحدوثها لاقرب ما ظهر الا انه يثبت تقدمها على وقت ظهورها وابدا القول قول
من يشهد له الظاهر وكذا في مسالة الكتاب اقر بالقطع في ملك المشتري واسنده الى حالة منافية فلا يصدق
في الاسناد وعند محمد يصدق في الاقرار والاسناد جميعا لانه اقر واسند الى حالة معهودة منافية في تلك
الحالة وجوب الضمان فكان باعتبار الاسناد منكر الوجوب الضمان والاخر مدع وابدا القول قول
المنكر فكذا في مسالتنا الا ترى انه لو قال العبد اعتقتك وانا صبي او مجنون وذلك معهود وقال
العبد لا بل كان بعد البلوغ والافاقة كان القول قول المقر وكذا لو قال قطعت يد عبدي هذا ثم بعته منك
كان القول قوله ولا ارش عليه وقيل بل هي مسالة مبتداة وجه قول محمد ان الخلاف في الحقيقة وقع في دخول
اليد في البيع والمشتري يدعيه والبايع ينكر فيكون القول قوله الا ترى انه لو انكر البيع اصلا كان القول قوله
فاذا انكر بيع اليد كان القول قوله وهما قالا الاصل دخولها في البيع باعتبار الاتصال والتبعية خلقة فكان
الظاهر شاهدا للمشتري فيكون القول قوله وايهما اقام البينة تقبل بينته اما البايع فلانه اثبته حادثا
وهو الفقا قبل البيع وله فيه حق وهو ابرا نفسه عن ضمان الجناية وفي الحقيقة هو المدعي ولهذا كان القول
قول الاخر واما المشتري فلانه يثبت دخول العين في البيع وبراءة نفسه عن نصف الثمن فان قيل هذا كله
ثابت بقول المشتري لان القول قوله فيه عندهما فهو يثبت ما هو ثابت بقوله قيل له نعم لكنه ثابت
من حيث الظاهر بقوله مع اليمين فهو بهذه البينة يثبت حادثا حتى يسقط عنه اليمين فيقبل كالمودع
اذا ادعى رد الوديعة وانكر المالك كان القول قوله مع اليمين ولو اقام البينة فالبينة بينة المشتري لانها
اكثر اثباتا لانها قامت على الاثبات صورة ومعنى اما الصورة فهو اثبات امر حادث واما المعنى
دخول العين في البيع وبراءة نفسه عن نصف الثمن وبينة البايع قامت على الاثبات صورة دون
المعنى لانها تنفي دخول العين تحت البيع وبراءة المشتري عن نصف الثمن فكان بينة المشتري اكثر
اثباتا فكان القول قوله باعتبار شهادة الظاهر والبينة بينته باعتبار الفضل وهنا لان البايع
لما اقام البينة على ما ادعى انعدام الظاهر الذي كان القول قول المشتري باعتباره فصار محتاجا الى
الاثبات ولا ظاهر له فوجب قبول بينته ضرورة فلو تصادقا ان المشتري هو الفاقي الا انهما اختلفا
فقال المشتري فقاتها بعد البيع وعلي الثمن لا غير ولا خيار لي وقال البايع بل فقاتها قبل البيع ولي عليك
نصف القيمة والعبد لازم لك بجميع الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه لان الظاهر شاهد له لانه يدعي
الفقا لاقرب الاوقات فكان الظاهر شاهدا له والثاني انهما توافقا على ملك الذات وملك الذات
علة لملك الاوصاف والتوابع فكان الظاهر شاهدا له وفي الاملاء عن محمد ان القول قول البايع والاصح
ما ذكر هنا لانه يدعي ما هو الاصل ولانه منكر لضمان الجناية حقيقة ولو اقام احدهما بينة تقبل بينته اما
البايع فظاهر لانه يثبت حادثا وهو الفقا وايجاب نصف القيمة وهو مدع ولهذا كان القول قول
المشتري واما المشتري فلانه وان كان يثبت ما هو ثابت بقوله من حيث الظاهر لكن يثبت
امرا حادثا ليسقط اليمين عن نفسه وان اقاما البينة فالبينة بينة البايع علل فقال لانه هو المدعي
للفضل يعني نصف القيمة على المشتري والمشتري لا يدعي شيئا وروى اصحاب الامالي عن محمد
ان البينة بينة المشتري واليه ذهب مشايخ العراق وهكذا روي عن الكرخي عن محمد استشهد

بمسالة بعد هذا وفي تلك المسالة البينة بينة المشتري فقال الا ترى ان رجلا لو كان له عبدان احدهما
مقتول والاخر حي فقال الرجل قد بعتك هذا الحي بالف درهم وقتلت هذا الاخر ولم ابعك المقتول وقال المشتري
بل اشتريتهما منك بالف درهم وقتلت هذا بعد الشرا ولزمني الف درهم لا غير فالقول قول البايع في المقتول
ويلزم المشتري قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين لان القتل ثبت باقراره فما ثبت بالاقرار
لا تحمله العاقلة وانما كان القول قول البايع لان المشتري يدعي شراه وهو ينكر والملك في الحي لا يوجب
الملك في المقتول لانه منفصل عنه بخلاف العين في المسالة الاولى لان ملك الذات تدل على ملك العين
يعني العبد الحي وقد اختلفا في ثمنه فالبايع يقول ثمنه الف والمشتري يقول اقل من الف
لانه يزعم انه اشترى الحي والمقتول بالف والسلعة قائمة فيتحالفان ويترادان وهذا الاستشهاد
الاستشهاد يوافق جواب محمد في رواية الامالي ان القول قول البايع لانه ينكر دخول العين في البيع
فيكون القول قوله فلا يستقيم على جواب ظاهر الرواية فانه يخالف حكم المستشهد به الا انا
نقول انه كان يخالفه صورة يوافقه معنى وغرض محمد عن هذا الاستشهاد ان يبين ان من تمسك
باصل ظاهر كان القول قوله والمتمسك بالظاهر في العبدين البايع لان الاصل في العبدين عدم
الانفصال في حكم البيع فمن ادعى عدم الدخول في البيع مع ان الاصل فيه هو الانفصال كان الظاهر
شاهدا له فيكون القول قوله وفي العبد الواحد الاصل هو اتصال الطرف بالذات فكان الاصل
دخوله تحت البيع الذي تناول الذات فمن ادعى هذا الظاهر كان القول قوله ايضا فان بينهما
اقام البينة قبلت بينته بايعا كان او مشتريا لما قلنا من قبل وان اقاما البينة فالبينة بينة
المشتري لانها اكثر اثباتا لانها تثبت دخول المقتول في البيع وانه غير ثابت لا باقرار
البايع ولا من حيث الظاهر وانفساخ البيع فيه وسقوط الثمن بقسطه فكانت بينته اولى
بالقبول وبينة البايع ان كانت تثبت ضمان الجناية على المشتري من غير بينة من حيث
الظاهر فالاستشهاد بهذه المسالة يدل على ان البينة في المسالة الاولى بينة المشتري
لان الاستشهاد انما يكون بنظيره لا بنقيضه الا ان الصحيح ما ذكر في الكتاب ان
البينة البايع لانها اكثر اثباتا لانها تثبت الضمان على المشتري سوى ضمان البيع
وهو نصف القيمة واما مسالة الاستشهاد فنا ويلها من وجوه احدها ان هذا ابتدا
وليس باستشهاد ومحمد في بعض المواضع افتتح المسالة بلفظ الا ترى كما افتتح بلفظه
ارايت فانه ذكر في كتاب الطلاق في باب الرد على من يقول ان الطلاق بغير السنة لا يقع
وابتدا بلفظ الا ترى والثاني اراد به الفرق فاراد ان يذكر قوله ولا بسنة تجري على لسانه
لفظ الا ترى لشغل قلبه بامر من الامور والثالث ان هذا ليس باستشهاد لانه قال في اخره
وهذا لا يشبه العين في العبد الواحد فبين انه ما اورد هذه المسالة على سبيل الاستشهاد وانما
اورد الفرق والفرق بينهما ان في هذه المسالة البايع انكر بيع المقتول والمشتري يدعي
فبينة المشتري اولى وفي تلك المسالة البايع اقر ببيع العبد والعين تبع له ولكنه ادعى
عليه ضمانا اخر فبينته اولى وانه ذكره على سبيل الاستشهاد لكن اراد به الاستشهاد في علة الحكم

الحكم لا في الحكم تقديره والله اعلم كانه قال الا ترى ان في هذه المسالة البينة بينة المشتري لانها
اكثر اثباتا فكذا في مسالة الكتاب البينة بينة البايع لانها اكثر اثباتا وهذا استشهاد
صحيح ولو تصادقا ان الاجنبي هو الذي فقا عينه لكنهما اختلفا فقال البايع فقا عينه قبل الشرا
ولي عليه نصف القيمة وعلى المشتري تمام الثمن ان اختار اخذه وقال المشتري فقاه بعد الشرا
ولي عليه نصف القيمة ولك علي تمام الثمن فالقول قول المشتري لان الظاهر شاهد له لما قلنا
فان قال الفاقي فقات عينه قبل الشرا لا يلتفت الى قوله لانه لما اقر بفقا عين العبد والعبد
حال اقراره بالفقا في ملك المشتري صار مقرا بالارش له والاخذ من يده فاذا اقر انما اخذه من
يده لغيره لم يصح اقراره لانه يريد ابرا نفسه عن ضمان المشتري كمن اقر باخذ المال من يد رجل
ثم اقر ان هذا المال لغيره فان اقام احدهما البينة قبلت بينته بايعا كان او مشتريا وان اقاما
البينة فالبينة بينة المشتري لانها تثبت دخول العين في البيع فكان اكثر اثباتا وقد ذكرنا
فيما اذا كان الفاقي هو البايع واقاما البينة ان البينة بينة البايع ولا فرق بين المسالتين فاذا
في المسالتين جميعا روايتان وجه هذه الرواية ان بينة المشتري تثبت دخول العين في البيع
وبينة البايع تنفيها البايع وبينة البايع تنفيها فكانت بينة المشتري اولى كما لو تصادقا ان
الفاقي هو البايع واقاما البينة وجه تلك الرواية ان بينة البايع اكثر اثباتا لانها تثبت دخول العين تحت
البيع فاستويا من هذا الوجه الا ان بينة البايع اكثر اثباتا لان وجوب ضمان نصف القيمة على المشتري
غير ثابت لا باقرار المشتري ولا من حيث الظاهر ودخول العين تحت البيع ثابت باقرار البايع من حيث
الظاهر لان الاقرار ببيع الذات اقرار ببيع الطرف ظاهرا فكان بينة البايع اكثر اثباتا وكذا لو
اختلفا في الفاقي فقال المشتري فقا فلان عينه بعد البيع وقال البايع لا بل فقاه فلان قبله
تقبل بينة المشتري على من ادعى الفقا عليه لانه هو المثبت لدخول العين في البيع وتبطل بينة
البايع على الاخر لانه لما ثبت القطع او الفقا من احدهما انتفى عن الاخر ضرورة رجل اسلم الى رجل
غيره دراهم في عشرة اقفزة حنطة ودفعها الى المسلم اليه على ان احدهما بالخيار ثلثة ايام فالسلم
فاسد لان من شرائط صحة السلم قبض راس المال في المجلس وهذا الشرط ينافي كون المقبوض راس
المال لانه انما يكون راس المال اذا ملكه بعد القبض واذا كان الخيار لرب السلم لا يملكه اليه بهذا
القبض لانه مشتري وخيار المشتري يمنع زوال الثمن عن ملكه واذا كان الخيار للمسلم اليه يمنع
دخول راس المال في ملكه عند ابي حنيفة رضي الله عنه ان كان لا يمنع زواله عن ملك رب السلم
وعندهما ان كان دخوله في ملكه لكن يوجب تزلزلا فيه فلا يكون قابضا راس المال على
الاطلاق وان كان لا يوجب التزلزل لكن فسد البيع في هذه الصورة لعلة اخرى
وهو ان هذا شرط يخالف مقتضى العقد ولاحد العاقدين فيه منفعة ومثل هذا الشرط
يوجب فساد العقد لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط وانما جوزنا في
بيع الاعيان نصا بخلاف القياس لدفع الغبن وانما يحتاج الى هذا في عقد يحترز
عن الغبن فيه عادة وعقد السلم مبني على المعاينة لانه بيع المفاليس فلا

يقع الحاجة الى الاحتراز عن الغبن فلا يحتاج الى الخيار فبقي مفسدا عملا بالنهي واصل القياس ولانه
عقد مرخص فيه بالنص والرخصة استباحة المحظور مع قيام المحرم فيبقى النهي عن بيع وشرط
والقياس بهذا الاصل فلا يكون ورود الشرع بجواز البيع مع شرط الخيار ورودا هنا فان
ابطل صاحب الخيار خياره قبل ان يتفرقا والدراهم قائمة في يد المسلم اليه صح عند علمائنا الثلاثة
رحمهم الله لما ذكرنا في الاصل لانه ملك المسلم اليه عند سقوط الخيار فلم يبق الا تاخير القبض الى اخر
المجلس وذلك لا باس به وان كانت مستهلكة لم يجز لانه لا يملك تحقيق القبض فيه ولا تقريره
فيكون بيع الدين بالدين وذكر في البيوع من المبسوط وقال يجوز مطلقا ولم يفصل وهو محمول على
قيام راس المال في يد المسلم اليه وهذه المسألة ليست من جنس مسائل الباب وكان محمد رحمه الله
اورد هذه المسألة وذكرها ليفرع عليها من جنس ما سبق ذكره من الاختلاف في بيع رب السلم
والمسلم اليه بان قال احدهما اسقطت الخيار قبل التفرق وجاز السلم وقال الاخر لا بل اسقطت
بعد التفرق ولم يجز او قال احدهما اسقطت الخيار قبل التفرق حال قيام راس المال وقال الاخر
لا بل بعد هلاك راس المال فكان مسيلة السلم لم يدخل في هذا المقصود لكن اشتغل خاطره
وذهب عليه التفريع او فوض التفريع الى غيره او تركه احترازا عن الاطناب ولان بينهما
مناسبة من حيث ثبوت اصل الخيار الا ان ثمه اثبات خيار حكمي لعيب المبيع فاجاز العقد
وهذا خيار قصدي فابطل **باب من القبض في البيع بالعيب** اصل الباب ان المشتري اذا احدث
بالمبيع عيبا في يد البائع عيبا ينقصه يصير قابضا له لوجهين احدهما ان تعيبه اثر في الكل
بدليل انه ينتقص قيمة الكل بخلاف ما اذا زوج الامة قبل القبض فانه لا يصير قابضا استحسانا
لانه لم ينقص العين وانما هو تعييب حكمي بمنزلة ما لو اقر عليها بالدين وهنا اتلف بعض المبيع
حقيقة فصار قابضا للتالف حقيقة وللباقي حكما لانه ثبت اثره في الباقي حتى يسمى الكل معيبا
فيجعل قابضا باعتبار اثر فعله حكما نظرا للبائع دفعا للضرر عنه لانه لو هلك المبيع قبل القبض
ينفسخ البيع فيعود المبيع الى ملك البائع معيبا بخلاف ما لو عيبه الاجنبي فانه لا يصير قابضا
للباقي حتى لو هلك لا يضمن الاجزاء الغائبة لان التعييب ليس بقبض حقيقة وانما جعل قبضا
حكما نظرا للبائع دفعا للضرر عنه والغصب لا يتحقق بطريق الحكم ولهذا لا يثبت بالتخلية
وقبض المنقول بدون النقل ولانه لو لم يصر قابضا للجزء الباقي يؤدي الى تفريق الصفقة
على البائع وانه لا يجوز والثاني ان المشتري يصير قابضا بالتخلي بالمبيع فاذا فعل فعلا يحصل
به التخلي بالمبيع يصير قابضا لان الواجب على البائع تسليم المبيع الى المشتري ومعنى التسليم
رفع المانع عن القبض فاذا خلى بين المبيع وبين المشتري فقد رفع المانع فيترك المشتري
قابضا على معنى انه يتأكد عليه الثمن ولو هلك يهلك على ملكه ولهذا لو وجد مثل هذا الفعل في
ملك الغير يصير غاصبا للكل حتى يجب عليه ضمان الكل بخلاف النكاح لانه لم يوجد فيه التخلي بالمبيع ولهذا
لو باع المبيع بعد التعييب يجوز بيعه لانه جمع المبيع بعد القبض ومن ثمه ان المشتري اذا قبض المبيع بغير
اذن البائع قبل نقد الثمن والثمن حال فللبائع ان يسترده ويحبسه حتى يستوفي الثمن لان المشتري

المشتري فوت عليه يدا مستحقة فكان له ولاية الاسترداد على ما ذكرنا في الابواب المتقدمة ثم باي فعل
يصير مستردا فكل فعل لو وجد من الاجنبي في ملك الغير يصير به غاصبا ويجب الضمان
عليه فاذا وجد من البائع يصير مستردا وكل فعل لو وجد من الاجنبي لا يصير غاصبا اذا وجد من
البائع لا يصير مستردا لان العين خرج عن ضمان البائع والحاجة الى ادخاله في ضمانه فما لم يوجد
فعل يجب الضمان لا يدخل في ضمانه واذا وجد ذلك الفعل في البعض يصير مستردا للبعض دون
الكل حتى لو قبض المشتري بغير اذن البائع فقطع البائع يده ولم ياخذه حتى مات من القطع ينفسخ
البيع لان حق البائع في الحبس لم يسقط بقبضه والسراية اذا اتصلت بالجناية كان قتلا من
اصله فكان البائع قتله في يد المشتري فيصير مستردا وينفسخ البيع الا ترى ان من غصب عبدا
ثم قطع المولى يده فمات من ذلك سقط الضمان عن الغاصب لان المولى صار مستردا وان مات
من غيره فعلى المشتري نصف الثمن لا الكل لانه استرد النصف هالكا في ضمان المشتري بخلاف
ما اذا قطع يده في يد البائع ثم هلك من غيره ولم يمنعه البائع حيث يجب عليه الثمن ويجعل قابضا
لجميعه باتلاف بعضه لان في الوجهين بقطع اليد يتمكن من قبضه فيجعل بمنزلة التخلي به والمشتري
بالتخلية يصير قابضا والبائع بالتخلية لا يصير مستردا لما بقي وهذا لان الملك للمشتري
والملك ممكن من القبض فيمكن ان يجعل قابضا للبعض بالاتلاف ولما بقي منه بالتخلي لكونه
مملوكا له فاما البائع ليس بمالك وانما حقه في حبسه باعتبار يده الا ترى انه لو اسلم المعقود
عليه لم يكن له بعد ذلك ان يحبسه فكذلك استرداده لا يظهر الا فيما ظهر فيه عمله بيده
وذلك فيما يتلف بجنايته او بسرايته جناية وهذا لان القبض للمشتري ايسر واسرع من قبض
البائع الا ترى ان البائع لو قال للمشتري خليت بينك وبين المبيع صار المشتري قابضا
قبل او لم يقبل ولو قال المشتري للبائع رددت عليك لا يصير ردا ما لم يقبل البائع ولان
المشتري لما قطع يده فقد تأكد بيعه في النصف والنصف الاخر محل التأكد فيصير ما بقي
تابعا لذلك النصف ويتأكد البيع في الكل اما لو قطع البائع يده في يد المشتري فقد نقض
البيع في النصف والنصف الاخر ليس بمحل للنقض فلا يصير تابعا له الا ان يهلك من جنايته
ولان المشتري لا يملك التفريق في القبض والبائع يملك استردادا لبعض ولان المشتري
لا يملك التفريق في القبض والبائع يملك استرداد البعض للجنس اذا عرفنا هذا قال محمد
رجل اشترى من رجل ثوبا بعشرة دراهم فلم ينقدها حتى احدث فيه المشتري
عيبا صار قابضا للكل حتى لو هلك الثوب في يد البائع قبل ان يحدث منعا يهلك على
المشتري فيتأكد عليه الثمن لما قلنا وان منعه ثم ضاع لم يكن للبائع على المشتري الا حصة
النقصان في قولهم لانه صار بالمنع مستردا وله حق الاسترداد ونقض حق المشتري الا في قدر
ما هلك ويمكن جعله مستردا لانه فعل لو وجد من الاجنبي يصير غاصبا ويضمن به مال الغير الا ترى
ان المودع اذا منع الوديعة بعد الطلب والغاصب اذا منع ولد المغصوبة بعد الطلب يضمن فجاز
ان يصير البائع مستردا الا ان المشتري يضمن قدر النقصان لانه لم يوجد استرداد ذلك القدر

الا ان يمنع البايع لا يقطع السراية حتى لو كان المبيع عبدا وقطع المشتري يده ومنعه البايع ومات
من القطع كان على المشتري جميع الثمن لما ذكرنا ان بالسراية صار قاتلا من الاصل والمنع لا يقطع السراية
لان المالك والمستحق انما يفوت يد المشتري واذا كان حكم الجناية ثبتت بدون يده فلان يبقى
بدون يده اولى ولو كان الثوب في يد البايع حين احدث فيه المشتري العيب فلم يمنعه بعد ذلك حتى هلك
في يده يهلك من مال المشتري لان هذه الافعال وهو كونه في يده او في حجره او على عاتقه او كونه ممسكا له
مما لا يفعل به مال الغير فلا يجوز ان يصير به مستردا الا ترى ان المستعير اذا فرغ من الاستعمال وبقي
الثوب او الخاتم في يده ولم يستعمله لا يصير ضامنا ولانه يحل له ذلك في مال الغير فلا ينتقض به قبض المشتري
لان هذه الافعال وهو كونه في يده او في حجره او على عاتقه او كونه ممسكا له مما لا يفعل به مال الغير فلا
يجوز ولو كان غصبا لما حل له ذلك في مال الغير فلا ينتقض به قبض المشتري ولو كان قميصا وهو لا
بسه او دابة وهو راكبها او خاتما وهو لابسه حين احدث فيه عيبا ثم هلك هلك من مال البايع منعه بعد
التعييب او لم يمنعه لان دوام اللبس والركوب فعل يفعل به مال الغير كانشاء اللبس الا ترى ان من لم
استعار ثوبا ليلبسه يوما الى الليل فدام على اللبس بعد مضي اليوم يصير ضامنا وهذا لان الدوام
على ما يستدام بمنزلة الانشاء وكذا دوام لبس الخاتم والدوام على الركوب فيصير البايع به مستردا
ولانه فعل فعلا لا يجوز ان يفعله بعد البيع فيصير به غاصبا ضامنا بخلاف الامساك ولو كانت
دارا والبايع ساكنها فهدم المشتري حايطا منها يصير قابضا للكل الدار لانه عيب الكل لما
قلنا فلو دام على السكنى ولم يمنعه بعد ذلك حتى غرقت وصارت بحرا فعليه الثمن كله في قياس قول
ابي حنيفة لانه صار قابضا جميع الدار فهلكت في ضمان المشتري وعند ابي يوسف الاول وهو قول
محمد يهلك من مال البايع وليس على المشتري الا حصة المنهدم بناء على ان سكنى الدار عند ابي حنيفة
وابي يوسف الاخر فعل لا يفعل في دار الغير فلا يصير البايع به مستردا وعند ابي يوسف الاول وهو قول محمد
يفعل فيصير البايع مستردا وفي المبسوط اذا اشترى عبدا وقطع المشتري يده صار قابضا للكل وقد
ذكرنا فلو قطع البايع رجله من خلاف بعد ذلك فبرا منهما كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ العبد
بثلثة ارباع الثمن وان شاء ترك وغرم نصف الثمن لانه بقطع اليد تقرر عليه نصف الثمن ثم البايع بقطع
الرجل صار مفوتا قبض المشتري في الباقي متلفا لنصف ما بقي فيسقط عن المشتري نصف
ما بقي من الثمن وثبت له الخيار فيما بقي من العبد لانه بعيب المعقود عليه في ضمان البايع فان
اخذ يلزمه نصف الثمن بمقابلة اليد وربعه بمقابلة الباقي وان فسخ لزمه نصف
الثمن بمقابلة اليد فان قطع البايع اولا يده ثم قطع المشتري رجله من خلاف فبرا منهما
فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن ولا خيار له لان البايع فوت نصفه فيسقط نصف الثمن وثبت
الخيار للمشتري في اخذه بنصف الثمن او تركه فلما قطع رجله صار مسقطا لخياره لانه يصير قابضا
جميع ما بقي بتلف بعضه ومجرد قبضه بعد العلم بالعيب مسقط خياره فقبضه مع الاتلاف
اولى ولو ان المشتري نقد الثمن ولم يقبض حتى قطع يده ثم قطع البايع رجله من خلاف فبرا منهما
فالعبد لازم للمشتري ولا خيار له وعلى البايع نصف قيمة العبد مقطوع اليد وذلك ربع الجميع لا

لان المشتري صار قابضا لجميع العبد بالقطع ثم بقطع البايع لا ينتقض قبضه لانه قد سلم الثمن
وليس له بعد استيفاء الثمن حق نقض قبضه فلا يجعل قطعه ناقضا لقبض المشتري بخلاف ما تقدم
فان له حق نقض قبضه ما لم يصل اليه الثمن فيجعل قطعه نقضا واذا بقي حكم القبض للمشتري كان البايع
في القطع كاجنبي اخر فعليه نصف قيمته اقطع اليد وعلى المشتري جميع الثمن لبقاء حكم قبضه
ولا خيار له لتغير المعقود عليه بعد القبض ولو قطع البايع يده ثم قطع المشتري رجله من خلاف
لزمه العبد بنصف الثمن ويرجع على البايع بنصف الثمن الذي اعطاه ولو اشترى عبدا ولم ينقده
الثمن حتى قطع البايع يده ثم قطع المشتري رجله من خلاف فمات في يد البايع منهما فعلى المشتري
ثلثة اثمان الثمن لان البايع بقطع اليد صار متلفا نصفه ثم المشتري بقطع الرجل صار متلفا
نصف ما بقي وما بقي وهو الربع تلف بسراية جنايتهما وانما نعتبر السراية في الحكم باصل الجناية وحكم
اصل الجناية البايع سقوط الثمن بحصة ما تلف به فكذلك حكم سراية جنايته وحكم جناية المشتري
تقرر الثمن عليه فكذلك حكم ما تلف بسراية جنايته فيحتاج الى حساب ينقسم ربعه نصفين واقله
ثمانية فقد تلف باصل جناية البايع اربعة وبالسراية سهم فلهذا سقط عن المشتري خمسة اثمان
الثمن وتلف بجناية المشتري سهمان وبالسراية سهم فتقرر عليه ثلثة الاثمان فان قيل قد ذكرتم
ان المشتري بجنايته يصير قابضا لما تلف ولما بقي منه فينبغي ان يجب عليه نصف الثمن قلنا نعم لكن
للبايع حق الاسترداد فيما بقي فيكون مستردا لما تلف بسراية جنايته لان تاثير سراية الجناية فوق تاثير
حبس وقد بينا انه لو حبسه بعد قبض المشتري او جنايته انتقض قبضه الا فيما تلف بسراية جناية المشتري
فلان ينتقض حكم قبض المشتري فيما تلف بسراية جناية البايع كان اولى ولو كان المشتري هو الذي قطع
يده اولا ثم قطع البايع رجله من خلاف فمات فعلى المشتري خمسة اثمان الثمن وبطل عنه ثلثة الاثمان
لانه تلف بجناية المشتري النصف اربعة وبسراية جنايته سهم وتلف بجناية البايع سهمان وبسراية
جنايته سهم وان كان الثمن منقودا او المشتري هو البادي فعليه جميع الثمن لانه بقطع اليد صار قابضا
للكل ولم ينتقض قبضه بجناية البايع وعلى البايع ثلثة اثمان قيمته صحيحا لانه تلف باصل جنايته نصف
ما بقي وهو الربع وبالسراية ربع ما بقي والبايع في هذا كاجنبي اخر وان كان البايع هو البادي رد على المشتري
نصف الثمن الذي اعطاه لانه اتلف نصف المبيع قبل القبض فينفسخ البيع فيه فيجب عليه رد نصف الثمن
ثم المشتري بقطع الرجل صار قابضا جميع ما بقي قبضا تاما فيتقرر عليه نصف الثمن الان نصف
ما بقي وهو الربع تلف بجناية المشتري ونصفه بسراية الجنايتين فما تلف بسراية جناية البايع
وهو الثمن على البايع حصة ذلك من قيمة العبد لانه لو تلف بجناية بعد قبض المشتري كان
عليه ضمان القيمة فكذا اذا تلف بسراية جنايته فيجب عليه رد نصف الثمن وثمن القيمة فان قيل قد
قلتم ان للقبض شبها بالعقد واذا كان باصل العقد بعد الجناية ينقطع حكم السراية بان قطع يد عبده
ثم باعه فكذلك بقبض المشتري بعد جناية البايع يجب ان ينقطع حكم السراية قلنا عين البيع لا تقطع
السراية ولهذا تنقطع بالهبة والوصية لكن تبدل المستحق بحكم البيع هو القاطع لان المستحق هو
المالك وقد انتقل الى ملك المشتري بالبيع وهذا المعنى لا يوجد في القبض فانه لا يتبدل الملك والمستحق

فان قيل يعني التدبير هنا يحصل حكما ايضا فان ما تلف باصل الجناية قبل القبض تلف على ملك البايع وما تلف بسراية جنايته يتلف على ملك المشتري ويتبين ذلك بالموجب فان باعتبار ما تلف بالجناية يسقط الثمن وباعتبار ما تلف بالسراية تجب القيمة على البايع قلنا لا كذلك بل العبد بنفس العقد صار مملوكا للمشتري فجناية البايع تصادف ملك المشتري وهو سبب لضمان المشتري عليه الا ان قبض المشتري يفوت فيما تلف باصل جنايته ومن ضرورة فوات قبضه انفساخ البيع فيه فيسقط حصته من الثمن فاما ما تلف بسراية جنايته فلم يفت قبض المشتري فيه فلهذا كان مضمونا على البايع بالقيمة وتبين بهذا ان اختلاف الحكم لاجل فوات قبض المشتري لا لان حكم السراية مخالف لحكم اصل العقد في حكم الضمان ولو كان المشتري حين اشتراه نقد الثمن او لم ينقده حتى قطع البايع يده ثم قبضه المشتري باذن البايع او بغير اذنه فمات في يده من جناية البايع بطل عن المشتري نصف الثمن بقطع البيع البايع يده ولا ضمان على البايع فيما هلك في يد المشتري بجنايته لان البايع صار متلفا نصفه ويخير المشتري بين ان ياخذه بنصف الثمن وبين تركه ولما قبضه المشتري صار راضيا بما بقي منه وذلك قاطع سراية جناية البايع بمنزلة البرء فلهذا كان على المشتري نصف الثمن فلان القبض يشابه العقد ولو اشتراه بعد قطع البايع يده انقطع به حكم السراية لان المشتري صار راضيا به بحكم الشرا وكذا هنا ولانا لو جعلنا البايع مستردا بسراية الجناية لجعلناه مستردا بسراية الجناية لجعلناه مستردا وفاسخا حكما والقبض حصل حقيقة فلا يفسخ الا بمثله لان الشي يفسخ بما هو مثله او اقوى منه ولا يفسخ بما هو دونه والقبض الحقيقي اقوى من الحكمي الا ترى انه لو قطع يد عبده ثم غصبه غاصب ومات عنده كان عليه قيمته مقطوعا لان قبضه حقيقي والمولى لو صار مستردا حكما وليس هذا كالجناية اذا قطع البايع يده ثم قطع المشتري رجله ثم مات فكل شي يحدث من جناية البايع بعد ما يحدث المشتري فيه جنايته فان كان الثمن غير المنقود بطل عن المشتري من الثمن بحساب ما هلك بجناية البايع وان كان منقودا فعلى البايع فيه القيمة وان كان القبض بعد جناية البايع واخذ المشتري فلا ضمان على البايع فيما هلك من جنايته في يد المشتري من القيمة ولا يبطل منه شي باعتباره لان القبض بالجناية حكمي فانما يظهر اثره فيما يتلف به فلا نقطع السراية التي انعقد سببها بجناية البايع ولان القبض الحكمي ينفسخ بمثله اما الاخذ باليد حسي يظهر في جميع ما بقي من العبد وله مشابهة بالعقد به حكم سراية جناية البايع وهذا لان بالقبض حسا يصير راضيا بما بقي من العبد جناية البايع وبالجناية لا يكون راضيا بتقرر ملكه فيما بقي بل هو متلف وانما ينقطع حكم سراية البايع فيما يتلف بجناية المشتري او بسراية جنايته ضرورة الا ترى انه لو قطع يد عبده ثم غصبه غاصب ومات في يده من الجناية كان عليه قيمته يوم غصبه ولو لم يغصبه ولكن جنى عليه فمات من الجنايتين كان على الجاني ضمان ما تلف بجنايته وسراية جنايته ولم يكن عليه ضمان ما تلف بسراية جناية المالك فيه فيتضح الفرق بين القبض حسا وبين القبض بحكم الجناية فان قيل اليس ان المشتري اذا قطع يده والثمن غير منقود ثم منعه البايع ثم هلك من القطع يهلك على

المشتري فانفسخ منع البايع وهو قبض حقيقي بسراية جناية المشتري قيل له القبض في مسالتنا قبض حقيقي فصار فاصلا بين القطع والهلاك كما ذكرنا في الغصب اما منع البايع ليس بابتدا قبض لكنه ابقا على الحالة الاولى فكان ذلك اضعف فلا يفصل بين القطع والهلاك ولو قطع البايع يده ثم قطع المشتري يده الاخرى او رجله من ذلك الجانب فمات من ذلك بطل عن المشتري بقطع البايع نصف الثمن ثم ينظر الى ما نقص العبد من جناية المشتري بخلاف ما سبق لان فعله هناك ليس باستهلاك فانه غير مفوت لجنس المنفعة فجعل التالف بفعله نصف ما بقي وهنا فعله استهلاك حكما لانه ان قطع اليد الاخرى فقد فوت منفعة البطش وتفويت منفعة الجنس استهلاك حكما ولهذا لا يستحق ذلك في السرقة فلا يجوز اعتاق مقطوع اليد عن الكفارة وان قطع الرجل من جانب اليد فقد فوت عليه منفعة المشي لانه لا يمكنه ان يمشي بعصا بخلاف قطع الرجل من خلاف فعرفنا ان هذا استهلاك وان النقصان فيما اكثر فلهذا اعتبرنا النقصان فان كانت هذه الجناية نقصته اربعة اخماس ما بقي بان كانت قيمته بعد قطع اليد الف درهم وتراجعت بجناية المشتري الى مايتي درهم تقرر على المشتري اربعة اخماس نصف الثمن ثم الباقي وهو خمس النصف تلف بجنايتهما فيكون نصف ذلك على المشتري فحاصل ما وجب على المشتري من الثمن اربعة اعشار الثمن ونصف عشره وسقط عنه بجناية البايع وسراية جنايته خمسة اعشار ونصف عشر ولو بدا المشتري ثم ثنى البايع فعلى المشتري خمسة اعشار الثمن ونصف عشره وسقط عنه اربعة اعشار ونصف عشر على ما ذكرنا

باب من الشرا والبيع والقبض بغير امر البايع اصل الباب ان المشتري اذا تصرف في المبيع بعد القبض بغير اذن البايع في حال كون للبايع حق الحبس لاستيفا الثمن والتصرف فيما يحتمل النقض بعد انعقاده كالبيع والهبة والاجارة ينفذ تصرفه لقيام المطلق وهو الملك وانعدام المانع وهو الغرر بالقبض لان للبايع حق الاسترداد لان حق الحبس كان ثابتا له فلا تبطل بتصرف المشتري اذا كان محتملا للنقض وان تعلق به حق ثالث لان حق البايع الاول كان سابقا على حق الثالث فكان مراعاته اولى ولهذا يثبت للشفيع حق النقض فالبايع اولى بخلاف المشتري شرا فاسدا اذا باع من غيره بعد ما قبض او وهب لا يكون للبايع حق النقض وان كان قبضه فاسدا واجب النقض كالقبض بغير امر البايع في البيع الجائز لان ثمة وجب نقضه حقا للشرع لا لحق البايع وانما يراعى في حق الشرع اذا لم يتعلق به حق العبد وهنا وجب النقض حقا للعاقد لانه لم يسلط على ذلك وفي البيع الفاسد سلط ولان حكم الشارع بثبوت الملك فالبيع الفاسد والملك مطلق للتصرف تسليط على التصرف فلا يبقى حق الشرع بعد التصرف كما لا يبقى حق البايع لوجود التسليط منه واذا استرد الاول من التملك بطل ذلك التصرف وحتى نقد المشتري الاول الثمن وقبضه لا سبيل للمشتري الثاني عليه لان قبض المشتري الاول كان موقوفا بين النفاذ ان نقد الثمن واذا استرد بطل من الاصل كسائر التصرفات الموقوفات فظهر ان تصرف المشتري كان حاصلا قبل القبض ومثل هذه التصرفات في المبيع قبل القبض لا يجوز وحرف اخر ما ذكرنا غير مرة ان القضا على الغاصب لا يجوز قصدا ويجوز حكما وحرف اخر ان القيمة

فائمة مقام العين فى حق الحبس لقيامها مقامها العين فى حق المالية اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل
اشترى جارية بالف درهم وقبضها قبل نقد الثمن بغير اذن البائع وباعها بمائة دينار وتقابضا
جاز البيع وللبائع الاول ولاية الاسترداد لما ذكرنا فان غاب المشترى الاول فاراد البائع ان يستردها
من المشترى الثانى اذا اقر المشترى الاخر بالامر كما وصف البائع فى انه قبضها قبل نقد الثمن
بغير امره كان له ان ياخذها لانه لما اقر بذلك فقد اقر ان قبض المشترى الاول وبيعه كان
موقوفا لحق البائع الاول وان له الاسترداد والحبس والاجارة والنقض فاذا اختار النقض
كان له ذلك لان المشترى الثانى بمنزلة الغاصب فى حق البائع الاول ومن المشايخ من قال يصح
اقرار المشترى الثانى فى حق الاسترداد من يده اما لا يصح فى حق نقض البيع الذى جرى
بينه وبين المشترى الاول وقال لا ادرى اصدق ام كذب لا خصومة بينهما حتى يحضر المشترى
الاول لان البائع اقر ان الجارية ملك المشترى الثانى لانه اشتراها من مالكها لكن ادعى لنفسه
حقا سابقا فى الجارية على حق المشترى الثانى فاذا كذبه المشترى الثانى لم يكن له ان ياخذ ولا له
ان يخاصمه حتى لو اقام البينة عليه لا تقبل بينته لانه ادعى الحق بسبب جرى بينه وبين المشترى
الاول والثانى ليس بخصم عن الاول كما لو اشترى شيا وقبضه ثم ادعى اخر على المشترى ان البائع
اجره المبيع او رهنه منه قبل ان يبيعه فان المشترى لا يكون خصما له لما قلنا كذلك هنا
فرق بين هذا وبين المشترى اذا باع الدار المشتراة من غيره وغاب ثم حضر الشفيع كان للشفيع
ان يخاصم الثانى والفرق ان الشفيع كما يستحق الشفعة بالبيع الثانى وله الخيار ان شا اخذ من الاول
وان كان حاضرا وان شا اخذ من الثانى فكان له ان يخاصم الثانى لانه خصم فيما يتعلق بالبيع
الثانى اما هنا البائع الاول يستحق الحبس بالبيع الاول لا بالبيع الثانى والبيع
الاول جرى بينه وبين المشترى الاول لا بالبيع الثانى فلا يكون له ان يخاصم الثانى ولهذا
قال بعض مشايخنا رحمهم الله ان هذا على قياس قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابى
يوسف رحمه الله يكون المشترى خصما للبائع الاول بنا على مسالتين احديهما ما ذكر فى شفعة
الجامع ان رجلا لو اشترى دارا وباعها من غيره او وهبها وغاب المشترى الاول فحضر
الشفيع واراد ان ياخذ بالبيع الاول فان صدقه المشترى الثانى له ان ياخذها
وان لم يصدقه فلا خصومة بينهما عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابى يوسف رحمه
الله يكون خصما والثانية ما ذكرنا فى الماذون ان المولى لو باع عبده الماذون المديون
غاب ثم حضر الغرما فان صدقهم المشترى فلهم ان ينقضوا البيع وان كذبهم فلا
خصومة بينهم عندهما وعنده المشترى خصم ويقضى بدينهم لان الشى فى يده وهو يدعى الملك
لنفسه والمالك ينتصب خصما لمن يدعى فيه حقا الا ترى ان من يشترى شيا شرا فاسدا فادعى
رجل انه ملكه يكون له كذلك هنا ولهما ان المدعى اراد ان ينفسخ عقدا تولاه الغايب
وفيه قضا على الغاصب فلا يجوز ولانه لا فائدة فى جعله خصما لانا اذا جعلناه خصما لهم
ونقضوا البيع يعود العبد الى ملك البائع ولا يمكن بيعه فى ديونهم لان فى بيعه قضا

قضا على الغاصب وانه باطل فلا يجعل خصما ولو غاب المشترى والبائع حاضر لا ينقض البيع بالاتفاق
لان قضا على الغايب فان حضر المشترى الاول واقام البائع الاول البينة على ما ادعى من القبض بغير اذنه
رد عليه الان ينقده المشترى الثمن لان البينة قامت على خصم حاضر فصار الثابت
بالبينة اذا قلت كالثابت بمعاينة القاضى وان لم يقم البينة وصدقه المشترى الاول لا يعتبر تصادقهما
فى حق المشترى الثانى لانهما يريدان نقض البيع الثانى وتصادقهما ليس بحجة بخلاف ما اذا
قام البينة ولو نقد المشترى الثمن قبل الاسترداد بعد بيعه وبطل حق الاسترداد لان اليد
ليست بمقصودة انما المقصود تعين حقه فى الثمن فاذا حصل بطل حقه فى الاسترداد بعد قبضه
من الاصل فتبين انه باع بعد القبض فنفذ وان لم ينقد الثمن حتى استردها بطل البيع الثانى لانتقاض
قبضه من الاصل ولو نقد المشترى الاول الثمن بعد ذلك واخذ الجارية لم يكن للمشترى الثانى
عليها سبيل لان بيعه قد بطل فلا يعود الا بالتجديد هذا اذا كانت الجارية قائمة فى يد المشترى
الثانى وان مات فى يده فللبائع الاول ان يضمنه قيمتها فتكون فى يده حتى ينقده المشترى الاول
الثمن لانه وجب عليه رد الجارية وقد عجز عن ردها فيجب عليه رد الجارية وقد عجز عن ردها فيجب
عليه قيمتها لقيامها مقام العين ولان المشترى الاول كان بمنزلة الغاصب فى حق
البائع لانه فوت عليه يدا مستحقة له ويكون المشترى الثانى بمنزلة غاصب الغاصب
فى حق البائع الاول والمغصوب اذا هلك فى يد الغاصب كان للمغصوب منه تضمينه كذلك
هنا ولا يلزم عدم كونها مضمونة فى يد المشترى الاول لانها مضمونة عليه بالثمن
حقا للبائع فلا تكون مضمونة عليه بالقيمة حقا له لان الشى الواحد لا يكون مضمونا بهما
لواحد على واحد اما هنا مضمونة على المشترى بالقيمة للبائع الاول وبالثمن للبائع الثانى
وصار كالغاصب اذا باع المغصوب فانه يكون مضمونا على المشترى للمغصوب منه بالقيمة
وللبائع بالثمن ولانها مضمونة على الاول بالثمن وهو نوع قيمة فيستقيم ان تكون مضمونة
على الثانى وانما اخذ البائع الاول القيمة فهلكت فى يده انتقض البيعان لان القيمة قائمة
مقام العين ولو كان المبيع قائما واسترده فهلك فى يده انتقض البيعان فكذا اذا
هلكت القيمة ويرجع المشترى الاخر على المشترى الاول بالثمن الذى اعطاه
لان البيع قد انفسخ فيرجع بالثمن كما لو هلك المبيع ولو لم تهلك القيمة فى يد البائع
الاول حتى نقد المشترى الاول الثمن لم يكن للمشترى الاخر على القيمة سبيل وسلمت
للمشترى الاول لانها قائمة مقام العين ولو كان العين قائما لم يكن للمشترى الثانى عليها
سبيل فكذا القيمة ولم يذكر ان المشترى الاول هل يجبر ام لا وينبغى ان يجبر لان القبض
متى انتقض فيما بينهما من الاصل صار ذلك بمنزلة تغير حصل فى المبيع قبل القبض
واذا سلمت القيمة للمشترى الاول فان كانت القيمة من جنس الثمن الذى نقد بايعه
يتصدق بما زاد على الثمن ان كانت القيمة اكثر لانه يكون فيه شبهة الربا لان القبض مشابهة
بالعقد والمشترى الاول قبض الفين من البائع واعطاه الفا ولو كان هنا عقد على

الحقيقة كان ربا فاذا كان له شبه بالعقد تمكنت شبهة الربا فبقيت في الزيادة نوع خبث فيلزمه التصدق كما قلنا فيمن اشترى عبدا بالف وقيمته الفان فقتل قبل القبض خطا ولان حقه انتقل الى القيمة قبل القبض لانها في يد البايع فعند انتقاض القبض كان هذا ربحا حصل في ضمان بايعه فيكون ربح مالم يضمن بمنزلة قتل العبد لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن ويرجع المشتري الثاني على الاول بالثمن الذي اعطاه لان اخذ القيمة من الثاني كاخذ عين المبيع فينفسخ البيع بينهما فله ان يرجع بالثمن وفي المبسوط اذا اشترى الرجل بالف درهم فلم يقبضه حتى وكل وكيلا بقبضه قبل نقد الثمن بغير امر البايع فهلك العبد في يده فللبايع ان يضمن الوكيل قيمته فتكون في يده حتى يعطيه المشتري الثمن لان بالبيع صار مملوكا للمشتري لكن للبايع حق الحبس فقبض الوكيل في حق البايع بمنزلة الغصب فلو غصب منه رجل وهلك في يده كان له ان يضمنه القيمة فكذا هذا وهو نظير المرهون اذا قبضه وكيل الراهن بغير اذن المرتهن وهلك في يده بخلاف ما لو قبضه المشتري بنفسه وهلك في يده لان بقبضه تقرر عليه القيمة اذ لا يجوز ان يجتمع ضمانان على واحد بسبب قبض واحد اما قبض الوكيل لا يوجب عليه ضمان الثمن فيوجب القيمة لحق البايع ثم استردادا البايع القيمة كاسترداد العبد اذا كان قايما فاذا اعطاه الثمن رجعت القيمة الى الوكيل لانه في حق المشتري امين ممتثل امره وغاصب لحق البايع فاذا سقط حقه رجعت القيمة اليه كما لو اوفى المشتري الثمن قبل ان يضمن البايع الوكيل ولو توت القيمة عند البايع سقط الثمن عن المشتري كما لو هلك العين ثم يتبع الوكيل المشتري بالقيمة لانه في القبض عامل له بامره وقد لحقه فيه ضمان فيرجع عليه ولو كان المشتري اعتق المبيع قبل القبض لم يكن عليه قيمته لان اعتاقه بمنزلة قبضه ولو كان الوكيل هو الذي قبض العبد ثم اعتقه المشتري فهذا وموت العبد في يد الوكيل سوا في حق البايع لانه تعذر عليه استرداده بهذا السبب فهو كالموت وهذا لان امر المشتري الوكيل بقبضه غير معتبر في حق البايع لانه لا يملك قبضه بنفسه لحق البايع فكذا لا يملك امر غيره ولو ان المشتري امر رجلا باعتاقه فاعتقه المامور ففي قول ابي يوسف الاول هذا وامره بالقبض سوا في جميع ما ذكرنا لان اعتاق المبيع بمنزلة القبض الا ترى ان المشتري لو باشر بنفسه يكون بمنزلة قبضه فكذا اذا وكل غيره فهو والتوكيل بالقبض سوا ثم رجع وقال الضمان على الوكيل لكن يرجع البايع على المشتري بالثمن وهو قول محمد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ووجه ذلك ان الوكيل باعتاق معتبر عن المشتري فيكون ذلك كاعتاق المشتري بنفسه وذلك يقرر عليه الثمن فلا يوجب ضمان القيمة كما لو اعتقه بنفسه وتقديره هذا ان تكلمه بالاعتاق حصل مقصورا عليه لا يحصل به الاتلاف فلا يبطل به حق البايع وانما يحصل به الاتلاف فاذا انتقلت عبارته الى المشتري الا ترى انه لو اعتقه بغير اذنه كان باطلا ولا يجب عليه ضمان واذا نقلنا عبارته الى المشتري كان هذا مقررا الثمن عليه فلا يوجب القيمة اما القبض فعل محسوس يوجب الحكم على القابض ان حصل مقصورا

مقصورا عليه الا ترى انه لو قبضه بغير اذن المشتري كان موجبا عليه ضمانه فكذا اذا قبض باذنه لانه لا معتبر باذنه في حق البايع

باب اختلاف البايع مع المشتري في الثمن

اصل الباب ان المملك مع المتملك اذا اختلفا في سبب الملك كان القول قول المالك في بيان نفسه مع الثمن لانه لو انكر سبب الملك اصلا كان القول قوله فاذا انكر ما عدا المقر به كان القول قوله ايضا وحرف اخر ان القول قول الغاصب في تعيين المقبوض امينا كان او ضمينا كالمودع او الغاصب ومن ادعى حقا على غيره بسبب عين في يده وانكر المدعا عليه حقه اصلا او حقه بسبب هذا العين كان القول قوله اما الاول فلانه لو انكر القبض اصلا كان القول قوله فاذا انكر قبض غيره كان القول قوله واما الثاني فلانه لو انكر حقه اصلا كان القول قوله فاذا انكر حقه بسبب هذا العين كان القول قوله ايضا اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى عبدا بالف درهم وقبضه ووهبه البايع عبدا اخر وقبضه فمات احدهما في يده فاراد المشتري ان يرد الباقي بالعيب فاختلفا وقال البايع انما بعتك الذي مات وهذا الذي وهبت لك وليس لك الرد بالعيب وقال المشتري الموهوب هو الذي مات وهذا هو المبيع فالقول قول البايع لان المملك هو البايع فالملك يستفاد من جهته فكان القول قوله في بيان السبب ولان المشتري يدعي على البايع الفسخ في هذا العبد وهو ينكر فكان القول قوله الا ترى انه لو كان عبدا واحدا واراد الرد فقال البايع لم ابعك هذا كان القول قوله كذا هنا لان اختلافهما في الحقيقة وقع في القايم اما الميت مستغن عن بيان سبب الملك فيه ولان المشتري بقوله المبيع هذا يريد ان يثبت لنفسه الخيار وتوجيه الخصومة على البايع وهو ينكر فيكون القول قوله مع اليمين ولو لم يجد العيب لكن اراد البايع ان يرجع في الهبة وقال المشتري هذا الذي بعتني والذي وهبتني قد مات وقال البايع هذا هو الموهوب كان للبايع ان يرجع في هذا بعد ان يحلف بالله ما باعه هذا العبد لان المملك هو فكان القول قوله في بيان السبب انه ملكه بسبب الهبة فاذا حلف اخذ العبد من المشتري واذا اخذ كان للمشتري ان يرجع بالثمن على البايع بعدما يحلف انه ما جعل الثمن بمقابلة الميت لان التمليك في الثمن يستفاد من قبله فكان القول قوله انه ملكه الثمن بازاء الحي لا بازاء الميت فيحلف كل واحد منهما لان كل واحد منهما مدعي ومدعا عليه وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه واذا حلفا لم يظهر الامر فيضمن المشتري قيمة المشترى للبايع فرق بين هذه المسالة الاولى فان ثمة لا يرجع المشتري بالثمن على البايع وهنا يرجع والفرق ان في المسالة الاولى العبد الذي بازاء الثمن في زعمه سالم له لما امتنع الرد بالعيب فجاز ان يسلم للبايع ثمنه في زعم المشتري اما هنا لما رجع البايع في الهبة واخذ العبد لم يسلم المشتري العبد الذي بازاء الثمن في زعمه فلا يسلم للبايع ايضا ثمنه بزعم المشتري اوجب التحالف في هذه المسالة ولم يوجب اليمين على المشتري في مسالة الاولى والفرق ان في هذه المسالة كل واحد منهما يدعي على صاحبه شيا فالبايع يدعي الرجوع في الهبة والمشتري يدعي الثمن فجرى التحالف اما في المسالة الاولى البايع لا يدعي على المشتري شيا فانه يرجع في

الهبة فلا يجب تحليف المشتري ثم اوجب التحالف في المسالة الثانية عندهم جميعا وان كان العبد
هالكا فرقا ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله بين هذه المسالة وبينما اذا اختلف المتبايعان في مقدار
الثمن والسلعة هالكة حيث لا يتحالفان والفرق وهو ان ثمة اتفقا على ان التمليك حصل
بجهة واحدة وهو البيع بقي الاختلاف في مقدار الثمن فالبائع ادعى الزيادة والمشتري
ينكر فكان القول قول المشتري مع يمينه اما في مسالتنا اختلفا في جهة التمليك العبد
والتملك فالبائع ادعى تمليك العبد الهالك بالبيع والمشتري ينكر فاعتبر اختلافهما في
الجهة فوجب التحالف واذا تحالفا لم يظهر البيع ولا الهبة في الميت فوجب رده لتحقق
القبض منه وقد عجز عن رده فتجب قيمته وهذا لان القول قول البائع في الهالك انه ملكه بالبيع
وقد اخذ الثمن من يده فيلزمه رد المبيع وقد عجز عنه فان قيل كيف يضمن قيمته وقد تصادقا
ان قبض باذن البائع قيل له انما اذن له البائع بالقبض على وجه البيع فاذا لم يثبت البيع ثم يثبت
الاذن فبقي القبض بغير اذنه ومن قبض مال انسان بغير اذنه وهلك في يده يضمن قيمته الا
ترى ان المقبوض على سوم الشرا مضمون على القابض وان قبض باذن المالك كذلك هنا فان كان
العبدان مشتري الا انه اشترى احدهما بالف درهم والاخر بماية دينار كل واحد منهما صفقة
على حدة وتقابضا فمات احدهما واراد المشتري رد الباقي بالعيب واختلفا في ثمنه كان القول قول
المشتري في ثمن المردود مع يمينه اما القول قوله لان الملك في الثمن يستفاد من جهته فكان
القول قوله واما لا يتحالفان وان اختلفا في ثمن المردود وهو قائم لان ما هو المقصود من التحالف
القائم وهو الفسخ قد حصل بالرد بالف لانهما توافقا ان الرد بالعيب قد صح وخرج عن العقد
وانفسخ البيع فيه فلا معنى للتحالف فلو جرى التحالف لهما يجري لمكان الهالك لان الاختلاف
في ثمن المردود اختلاف في ثمن الهالك الا ان هلاك السلعة يمنع التحالف عند ابي حنيفة و ابي
يوسف رحمهما الله وعند محمد يتحالفا لان الهالك عنده لا يمنع التحالف ما اذا تقايلا ثم اختلفا
في الثمن قبل قبض البائع بحكم الاقالة فانهما يتحالفان وان انفسخ البيع لان الاقالة عقد جديد
في حق الثالث والتحالف قبل القبض ثبت موافقا للقياس فيتعدى من البائع الى الاقالة الجامع
بينهما وهو ان المشتري يدعي حق الحبس الى ان يقبض ما يدعي من الثمن والبائع ينكر والبائع يدعي حق
الاسترداد اذا ادى قدر ما اقر به من الثمن والمشتري ينكر والاقالة قابلة للفسخ فيحلف
كل واحد منهما فيرتد ان الاقالة ويعود كل واحد منهما الى راس ماله ولهذا قيس الوارث
على العاقد اذا كان الخلاف قبل القبض وقيس قيمة المبيع على قيام المبيع و قيس الاجارة
على البيع اذا كان الخلاف قبل القبض اما بعد قبض البائع العبد بحكم الاقالة لا يتحالفان عندهما
لان التحالف بعد القبض ثبت نصا بخلاف القياس في البيع من كل وجه والاقالة
ليست ببيع من كل وجه ولو كانا حيين والمسالة بحالها رد المشتري المعيب بالثمن الذي ادعى
وتحالفا وترادا في الباقي اما رد المعيب وكون القول قول المشتري مع يمينه في ثمن المردود
فلما قلنا واما التحالف فلانهما اختلفا في ثمن الباقي والسلعة قائمة والمقصود من التحالف لم

لم يحصل في حق الباقي فيتحالفا وترادا ويرجع المشتري على البائع بالف درهم وماية دينار عندهم
لان البيع انفسخ فيهما في احدهما بالرد في الاخر بالتحالف وقد ذكرناه فيما تقدم ثم قال محمد رحمة الله
في الكتاب اذا اوجب رد احدهما فالقول قول المشتري في ثمنه واذا لم يرد واحدا منهما فالقول قول
البائع في ثمنه معناه والله اعلم اذا رد احدهما ينفسخ البيع فبعد ذلك الاختلاف بينهما
في الثمن او كيفيته فيكون القول قول المشتري لانه لم يبق العقد واذا لم يرد احدهما فالقول
فيه قول البائع لان الاختلاف عند ذلك يكون كيفيته المبيع قال الشيخ الامام الزاهد
المعروف بجواهر زاده قال مشايخنا اراد محمد بقوله القول قول البائع مع يمينه اذا اختلفا
في الثمن والعبد ان قائمان فانهما يتحالفان بالاجماع الا ان محمد رحمة الله قال القول قول
البائع في ثمنه ولم يذكر مع يمينه ولم يذكر ايضا ان القول قول المشتري مع يمينه لانه لا اشكال
في كون القول قول المشتري مع يمينه لانه منكر ولا اشكال ايضا ان من كان القول قوله
يكون مع يمينه فلهذا لم يذكر يمين البائع ولا يمين المشتري وفي بعض النسخ ذكر يمين
المشتري وقال القول قول المشتري في ثمنه مع يمينه ولم يذكر يمين البائع لما ذكرنا ان العقد ينفسخ
بالرد بقي الاختلاف في الثمن واذا لم يرد واختلفا في الثمن يتحالفان الا انه لم يذكر يمين المشتري لانه
ظاهر لكونها موافقة للقياس وانما ذكر يمين البائع لان تحليفه مخالف للقياس رجل اشترى عبدا
بالف درهم وتقابضا ثم جا المشتري بالعبد يرده بالعيب فقال البائع لم ابعك هذا بل بعتك غيره فالقول
قوله مع يمينه وعلى المشتري البينة فرق بين هذا وبينما اذا كان في البيع خيار الشرط والروية والمسالة
بحالها فان القول فيه قول المشتري والفرق ان المشتري في خيار الشرط والروية منكر والبائع مدع لان
من له خيار الشرط والروية ينفرد بالفسخ بغير قضا ولا رضا واذا انفسخ البيع بقي اختلافهما فيما قبضه
المشتري من البائع فيكون القول قول القابض لانه منكر قبض غيره الا ترى ان القول قول الغاصب والمودع
اما من له خيار العيب لا يملك الرد بالعيب بعد القبض الا بقضا او رضا فلم ينفسخ البيع بمجرد
رده فكان الاختلاف واقعا في ثبوت حق الرد بالعيب فالمشتري يدعي على البائع حق الرد والبائع
ينكر فكان القول قوله وان كان المبيع غير مقبوض واراد البائع ان يلزمه فقال المشتري ليس هذا الذي بعتني
فالقول المشتري مع يمينه ولا يلزمه الا ان يقوم عليه بينة انه هو المبيع فيلزمه ان لم يكن فيه خيار وان كان له
خيار رده ان شا لان البائع يدعي الالزام عليه وهو ينكر ولو قال لما اشتريت منك شيا كان القول قوله
فاذا قال لما اشتريت منك هذا كان القول قوله ايضا واذا كان فيه خيار البائع فهو في حكم الملك
كالمعلق بالشرط عدم قبله فكان الزام البيع اياه بمنزلة ابتدا التمليك من هذا الوجه
فالبائع يدعي ثبوت حق التمليك له في هذا العين والمشتري ينكر ولو انكر العقد اصلا
كان القول قوله يوضحه ان البائع لا يملك بحكم خياره الزام البيع الا اذا كان المبيع قائما في يده
وقوله في تعيين المبيع ليس بحجة على المشتري في ايجاد الشرط وبدون التعيين لا يملك ايجاب
البيع فيه فحال البائع الان كحال المشتري اذا ادعى الرد بالعيب بعد القبض فانه لا يقبل قوله
في تعيين المبيع وبدون التعيين لا يتمكن من رده بعد القبض وفي المبسوط اذا اشترى عدلا

زطي وافرانه زطي وطريه وقبضه ثم جا بعد ذلك برده وقال وجدته كرابيس لم يصدق والثمن له لازم
لانه مناقض في دعواه والمناقض لا قول له ولان بسبب خيار الروية انما يتمكن من الفسخ اذا حضر
المعقود عليه والذي احضره كرابيس والمعقود عليه زطي بزعمه فلا يتمكن من فسخ العقد عليه ولو اقام
البينة لا تقبل بينته لان البينة انما تقبل بعد دعوى صحيحة ودعواه فاسدة للتناقض وان كان
قال لا ادري ازطي هو ام لا ولكني اخذ به على قولك فانظر اليه ثم جا برده وقال وجدته كرابيس كان
مصدقا فيه مع يمينه لان المشتري كان له حق الفسخ بخيار الروية وهو ينفرد بالفسخ به بخيار
الروية والشرط واذا انفسخ العقد فيه بقي المقبوض في يده ملك البايع فكان القول قوله في تعيينه
وهذا لانه غير مناقض في كلامه هنا بل منكر لقبض الزطي فكان القول قوله وفي الاول مناقض ولو اشترى
ثوبا وقال البايع هو هروي وقال المشتري لا ادري وقد راه ولكن اخذ به على ما يقول ثم جا برده وقال
وجدته يهوديا لم يصدق لانه قد راى المعقود عليه فليس له خيار الروية بقي دعواه حق الرد لنفسه في هذا
العيب والبايع ينكر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى المشتري العيب بالمبيع وانكر البايع والله تعالى اعلم

باب من البيوع التي تكون بيع اثنين فيكون الثمن بينهما واذا هلك اخذ تكون الى

اصل الباب ان فوات المعقود عليه قبل القبض يوجب بطلان العقد وسقوط الثمن وفوات بعضه
يوجب سقوط الثمن بقدره وفوات اوصاف المعقود عليه لا يوجب بطلان العقد
ولا سقوط شي من الثمن ولكن يوجب الخيار للمشتري على ما ذكرنا والنخيل في بيع الارض اصل
من وجه تبع من وجه اما اصل لانها عين قائمة بذاتها قبل القطع وبعده بخلاف اطراف
الحيوان واما تبع لانها قائمة بالارض مركبة فيها للقرار تزيد بها مالية الارض فصارت لها
بمنزلة وصف من اوصاف الارض ولهذا يدخل في بيع الارض تبعا من غير تسمية ويستحق
بالشفعة تبعا فصار بمنزلة اطراف الحيوان اذا ثبت هذا فنقول يجب اعتبارها اصلا في حال
تبعا في حال لتعذر اعتبارها اصلا وتبعا في حالة واحدة فقلنا اذا لم يسم لها ثمنا على حدة ولم
يبق الى يوم القبض اعتبر تبعا حتى لا يسقط شي من الثمن بمقابلته كاطراف الحيوان واذا سمى
له ثمن على حدة او بقي الى وقت القبض صار اصلا حتى ينقسم الثمن عليها ويسقط بحصته سوا
كان الارض والنخل لواحد او لاثنين عملا بهما كالذرع في المذروعات لما كان تبعا من وجه
لان قوامه بالباقي وتبطل بانفصاله واصل من وجه لانه بعد القطع يبقى مالا متقوما قلنا
اذا سمى لكل ذراع ثمنا يصير اصلا وان لم يسم يكون تبعا عملا بهما اما الثمار فهي تابعة
الاشجار وحدها عند ابي يوسف وعند ابي حنيفة ومحمد تابعة الاشجار والارض وقد ذكرنا
هذا في الابواب المتقدمة اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل له ارض ولاخر فيها نخيل بغير ارض فامر
صاحب النخيل صاحب الارض ببيع النخيل مع الارض فباع الكل بالف درهم صفقة واحدة
وقيمة النخيل خمسماية وقيمة الارض خمسماية جاز البيع لانه في البعض اصيل وفي البعض وكيل
والثمن بينهما نصفان لان النخيل اذا بقي الى وقت القبض وقبض المشتري مع الارض صار اصلا
فصار لها حصة من الثمن وقيمتها على السوا فانقسم الثمن عليهما نصفين كالولد الحادث

الحادث قبل القبض اذا قبض صار اصلا وانقسم الثمن على الام والولد كذلك هنا الا ان هناك تعتبر قيمة
الولد يوم القبض وهنا تعتبر قيمة النخيل يوم العقد لما نبين وان لم يقبض المشتري الارض حتى اصاب
النخيل افة سماوية من حرق او غرق وذهبت كلها والمشتري بالخيار ان شا اخذ الارض بجميع
الثمن وان شا ترك اما الخيار فلان الارض قد تعيبت بفوات التبع كالحيوان يتعيب بفوات طرف
منه وحدوث العيب قبل القبض يوجب الخيار للمشتري ولانه فات ما هو اصل من وجه تبع
من وجه ولو فات ما هو تبع من كل وجه يخير فهذا اولى واما الاخذ بجميع الثمن فلان النخيل تبع
وفوات التبع قبل القبض لا يوجب سقوط شي من الثمن كالولد اذا هلك قبل القبض الا انه اذا تعيب
الاصل يخير كالجارية اذا ولدت واذا لم تتعيب لا يخير كالشاة اذا ولدت فلا يوجب العيب
ويكون كل الثمن لصاحب الارض اذا اخذ لان الثمن مقابل بالاصل وكل الاصل ملكه ولان الثمن انما
يتاكد بالقبض والقبض انما ورد على الارض خاصة وان ذهب نصف النخيل وبقي نصفه واختار
المشتري اخذ ذلك بالثمن كله ولصاحب الارض ثلثة ارباع الثمن ولصاحب الثمن النخيل
ربعه لانه لو هلك كل النخيل رجع كل ثمنه الى الارض فاذا هلك نصفه رجع نصف
ثمنه الى الارض هكذا ذكر في الكتاب وروى ابن سماعة عن محمد ان الثمن بينهما اثلاث
ثلثاه لصاحب الارض وثلثه لصاحب النخيل وهو قول الحسن لانه لما ذهب
النخيل قبل القبض صار كان لم يكن فصار كانه باع الارض ونصف النخيل وقيمة
الارض خمسماية وقيمة النخيل ماتان وخمسون فيكون الثمن بينهما اثلاثا وكما لو اشترى
جارية قيمتها الف درهم فولدت ولدين يساوي كل واحد منهما خمسماية ثم هلك
احدهما قبل القبض ينقسم الثمن على الجارية والولد الثاني اثلاثا كان الميت لم يكن كذلك
هنا الا ان الصحيح ما ذكر في الكتاب لان البيع تناول الكل ولو ذهبت النخيل كلها قبل
القبض كان لصاحب الارض جميع الثمن ولو بقي النخيل كلها الى وقت القبض كان لكل
واحد منهما نصف الثمن فاذا ذهب النصف وبقي النصف يجب ان يكون لصاحب
النخيل ربع الثمن ليكون للذاهب عبرة وللباقي عبرة بخلاف ما اذا هلك الكل لانه
لم يبق شي يمكن ابقا شي من الثمن بمقابلته فيصير مقابلا بالاصل وبخلاف الولد
لانه لا يدخل تحت المقابلة الا عند القبض الذي له شبه بالعقد فجاز ان تعتبر
قيمته يومئذ والولد يوم القبض واحد فينقسم الثمن باعتبار قيمته يوم القبض
وقيمة الام يوم العقد اما النخيل انما ينقسم الثمن عليها وعلى الارض باعتبار قيمتها
يوم العقد بالاجماع لانها كانت موجودة وقت العقد وقد دخلت في المقابلة الا انها
تابعة فلم تكن النخيل نظير الولد الا ان ما هلك ترجع حصته الى الاصل كما لو هلك
كله فصار في التقدير كان ثمن الارض سبعماية وخمسون وقيمة النخيل ماتان
وخمسون ولو كان هكذا يقسم الثمن بينهما ارباعا كذلك هنا ولو لم يقبض المشتري
الارض والنخيل حتى اثمر النخيل ثمرة تساوي خمسماية مثل قيمة النخيل ومثل قيمة

الارض باخذ المشتري الكل بالثمن الذي اشتراه لانه زيادة قبل القبض فصار مبيعا وقد بقي الى وقت القبض فصار اصلا ويقابله شي من الثمن تقديرا فينقسم الثمن بين صاحب الارض وصاحب النخيل اثلاثا ثلثاه لصاحب النخيل وثلثه لصاحب الارض يقسم على قيمة الارض والنخيل يوم العقد لانهما كانا موجودين لدى العقد وقيمة الثمرة يوم القبض كالولد لانها حدثت بعد العقد قبل القبض وقيمة الثمرة يوم القبض خمسمائة وهو مثل قيمة كل واحد منهما يوم العقد فينقسم اثلاثا وهو كالمبيعة اذا ولدت بنتا ثم البنت ولدت ولدا قبل القبض ثم قبض المشتري الكل ينقسم الثمن على الكل باعتبار القيمة تعتبر قيمة الولد يوم القبض وقيمة الام يوم العقد وكما لو اشترى جارية وولدها فولد الولد ولدا قبل القبض ثم قبض الكل وقيمة الولد الاخر مثل قيمة كل واحد من الاميين الا ان هنا يقسم الثمن ارباعا نصفه بمقابلة الجدة والنصف بمقابلة الولد الاول مع ولدها لان الاول اصل بنفسه وليس لتبع للام فصار كما لو اشترى جاريتين وولدت احديهما اما هنا النخيل تبع للارض من وجه ماذكرنا قالوا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانهما يجعلان الثمرة تابعة الارض والنخيل جميعا فينقسم الثمن على الكل فتصير حصة الارض ثلثا بعد ما كان نصفا اما عند ابي يوسف لصاحب النخيل نصف الثمن لان عنده الثمر تابعة للنخيل خاصة فكان ثمن النخيل منقسما على النخل والثمر نصفين وقد ذكرنا هذا ولو كان البايع حين باع الارض والنخيل قال ابيعك هذه الارض والنخيل التي فيها بالف درهم كل واحد منهما بخمسمائة والارض والنخيل لرجل واحد او كانت الارض لرجل والنخيل لاخر فاصاب النخيل افة وذهب كله اخذ المشتري الارض بثمنها وهو خمسمائة ان شاء وان شاء ترك اما التخيير فلما قلنا واما الاخذ بخمسمائة فلان النخيل صار اصلا لانه مما يجوز افراده بالعقد وصار كما لو اشترى جارية وارضا بالف درهم وقيمتها سوا فهلكت الجارية قبل القبض فانه ياخذ الارض بخمسمائة الا انه لا يخير لان هلاك الجارية لا يوجب عيبا في الارض بخلاف هلاك النخيل ويكون الخمسمائة لصاحب الارض لانها بدل ملكه فان لم تهلك النخيل لكنها اثمرت ثمرا يساوي خمسمائة وبقي الى وقت القبض فقبض المشتري الكل فالارض بخمسمائة والنخيل والثمر بخمسمائة بالاجماع والثمر زيادة في النخيل خاصة لان النخيل اصل في هذا الفصل وليس بتبع فلا تكون الثمر تابعة للارض وصار كما لو اشترى جاريتين قيمة كل واحدة منهما خمسمائة بالف درهم فولدت احديهما قبل القبض ولدا يساوي خمسمائة تكون خمسمائة من الثمن بازا التي لم تلد وخمسمائة بازا التي ولدت وما اصابها يقسم بينها وبين ولدها كذلك هنا اما في الفصل الاول الثمرة تابعة للنخيل والنخيل تابعة للارض فكانت الثمرة تابعة لهما جميعا وهذا لان بتسمية الثمن لكل واحد منهما على حدة يصير كل واحد اصلا كما لو اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده ثمانية لا ينقص شي من الثمن ويخير ولو وجده احد عشر يسلم له من غير ثمن ولو قال كل ذراع بدرهم تنقص حصته من الثمن

الثمن لان بالتسمية صار كل ذراع اصلا الا ترى انه يجوز افراده بالعقد ولهذا لو قطع وسلم يجبر المشتري على اخذه وان اطلق عليه اسم الفساد قال محمد ولو كان الارض لرجل والنخيل لاخر فباعاهما بالف درهم فهذا والرجل الواحد اذا باعهما بالف درهم سوا ولو باع كل واحد منهما الذي له بخمسمائة في صفقة واحدة فهذا والواحد اذا باعهما صفقة واحدة كل واحد بخمسمائة سوا يريد به انه لا عبرة بتعدد العاقد واتحاده انما العبرة للتسمية وعدم التسمية لان المعنى يجمع الكل

باب في البيع والتقايل في ذلك

اصل الباب ان صحة الاقالة وبقاها يعتمد قيام المعقود عليه دون قيام الثمن لانها لرفع حكم العقد وقيام حكم العقد بقيام محله ومحله المعقود عليه الذي يرد عليه العقد فانما يبقى ببقا المعقود عليه من كل وجه وهو بيع بالثمن او ببقايه من وجه كما في بيع المقابضة والصرف فان كل واحد منهما مبيع من وجه اما الثمن فمعقود به يذكر التقدير مالية المبيع فان البيع تملك الشي بمثل ماليته باعتبار الاصل وذكر الثمن لتقديره فلا يكون المقدر محلا ومتى لم يبق من المحل في شي لا يكون العقد متعلقا به فلا يبقى ببقايه ولا يعتبر ببقايه وقوامه والسلعة معقود عليها لان المعقود عليه ما يقصد بالتمليك والتملك والسلعة والعروض هكذا والدراهم والدنانير اثمان لانها لا يجوز ان تقصد بالتمليك والتملك وانما يقصد بها تقدير مالية ما يقصد بالتمليك والتملك والمكيلات والموزونات ان كانت باعيانها تجعل مبيعة وان كانت دينا موصوفة تجعل ثمنا وهو معنى قول المشايخ اعيانها تبلغ واوصافها اثمان لانها يجوز ان تصدق بالتمليك والتملك لكونها منتفعا بذاتها حقيقة ويجوز ان يصدق بها تقدير مالية الاشيا لانها امثال متساوية فمتى لم يعينها علمنا انه ما قصد بها التمليك فجعلناها ثمنا واذا عينها فقد قصدها بالتمليك فجعلناها مبيعة واذا كانت صحة الاقالة يعتمد قيام المبيع من كل وجه فنقول المبيع من كل وجه او من وجه ما لا يجوز الاستبدال به قبل القبض ولهذا لا يجوز الاستبدال براس المال وان كان من الاثمان لانه مبيع من وجه ولا يجوز الاستبدال بالمسلم فيه ايضا لانه مبيع من وجه وقيام واحدهما يكفي لصحة الاقالة والثمن من كل وجه ما يجوز الاستبدال به قبل القبض على ذكرنا في الابواب المتقدمة وحرفا اخر انما لا يمنع ابتدا الاقالة لان البقا اسهل من الثبوت وما يمنع الابتدا يمنع البقا لفوات المحل اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى عبدا بكر حنطة بعينه وتقابضا فمات العبد تقايلا جازت الاقالة مع علمهما بموت العبد ويرجع صاحب الكر بكره وصاحب العبد بقيمته لان الكر اذا كان بعينه كان مبيعا ولهذا لو وجد بالكر عيبا كان له ان يرده وياخذ العبد ان كان قايما وقيمته ان كان هالكا ولهذا لا يجوز الاستبدال به قبل القبض وليس لبايع الكر ان يمسك ذلك الكر ويدفع غيره وهذا حكم المبيع ولهذا لو هلك الكر قبل القبض ينفسد العقد كما في بيع العبد بالعبد اذا هلك احدهما وبقا المبيع من وجه يكفي لصحة الاقالة لبقا المحل الذي هو معقود عليه واذا صح الرفع في الذي هو قايم ارتفع الهالك ضرورة لانه لا يتصور قيام عقد المعاوضة بدون العوضين واذا ارتفع

حكم العقد لزمه رده وقد عجز عن رده فيلزمه رد قيمته وفي بعض النسخ ذكر انه يصح الاقالة عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الاقالة عند ابي حنيفة بيع جديد فيكون بيع الطعام بقيمة
العبد حينئذ فيكون فاسدا وقد ذكرنا قبل هذا ان الاقالة عنده انما تعتبر بيعا جديدا اذا كان
باكثر من الثمن الاول او باقل منه اما عند الاطلاق وهو رفع وفسخ عنده ايضا ولو اشترى بكر
حنطة موصوفة في الذمة وتقابضا فهلك العبد في يده ثم تقايلا لم تجز الاقالة لان الكر الموصوف
في الذمة ثمن وليس بمبيع ولهذا لا يشترط قيام الملك فيه لصحة العقد ويجوز الاستبدال به
قبل القبض ولو وجد بالمقبوض عيبا كان رده لا يبطل البيع ولو كان العبد قائما وتقايلا لا يجب عليه
رد المقبوض بعينه فكان المبيع هو العبد وقد هلك فلا يتصور ارتفاع العبد بالاقالة استشهد
محمد فقال الا ترى انه لو اشترى عبدا بالف وتقابضا ثم هلك العبد وتقايلا لم تصح الاقالة لان الثمن
والاقالة انما تصح حال قيام المبيع بخلاف ما اذا اسلم عبدا في كر حنطة موصوفة وسلم العبد فهلك
ثم تقايلا صحت الاقالة لان الطعام مبيع ولهذا لا يثبت الا موجلا ولا يجوز الاستبدال به ولو قبض الطعام
ثم تقايلا يلزمه رد عين الطعام فمتى كان الطعام مبيعا صحت الاقالة عند قيامه وفي المبسوط اذا اشترى
جارية بكر حنطة وليس الكر عنده لم يجز لانه ان عين الكر وهو ملك غيره فهذا بيع ما ليس عنده وان لم
يعين فهو مجهول الصفقة وهذه جهالة تفضي الى المنازعة بان قال بكر حنطة جيد او وسط او ردي ففي
القياس لا يجوز لان المكيل والموزون في الحقيقة مبيع وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز الا بشرط
السلم بالنص وفي الاستحسان يجوز لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى جزورا بكر تمر
ثم استقرضه فاعطاه اياه ولان المكيل والموزون اذا لم يعين فهو يثبت في الذمة ثمنا فكان شرا
بثمن ليس عنده وانه صحيح كما في الدراهم والدنانير وقد ذكرنا ان اعيانهما تبلغ اوصافهما ثمن تثبت
في الذمة بالقرض والسلم فان لم يبين الاجل جاز كالقرض وان بين جاز اعتبارا بالسلم بخلاف الثوب
فان ثبوتها في الذمة اصل واحد وهو السلم ولا يجوز الا موجلا فان استهلك البائع الكر ووجد بالجارية
عيبا وردها اخذ كرا مثل كره وكذلك لو كان ذلك الكر قائما عند البائع بعينه كان له ان يرد مثله لان الحال
المشتري مع البائع كحال البائع معه عند العقد وقد كان للبائع على المشتري كر في ذمته يعطيه المشتري
من اي موضع شا فكذلك البائع يفعل عند الفسخ وهذا لان برد الجارية انتقض الجارية فبقي الكر
في يد البائع مقبوضا بحكم عقد والمقبوض بعقد فاسد اذا كان كيليا او وزنيا يكون
مضمونا بالمثل وكذا كل مكال او موزون او بعد بخلاف ما اذا كان الثمن ثوبا ووجد بالجارية عيبا
وردها وقد استهلك البائع الثوب يلزمه قيمة الثوب لانه ليس من ذوات الامثال وقد وجب
عليه رده وعجز عن رده بالهلاك فيضمن قيمته كما في الغصب الا ترى ان في البيع
الفاسد يضمن قيمته فكذا بفساد الملك فيه بالرد بالعيب ولو اشترى عبدا بنقرة
فضة بعينها وتقابضا ثم تقايلا بعد موت العبد جازت الاقالة لان النقرة تتعين بالتعيين في عامة
الروايات ولهذا لا تجوز الشركة والمضاربة بها احترازا عن ربح ما لم يضمن فكانت مقايضة فتصح
عند قيام احدهما واذا صحت الاقالة رد البقرة ويلزم الاخر رد العبد وقد عجز عن رده فيلزمه قيمته

بقيمته ويقضي القاضي بقيمة العبد دنانير احترازا عن الربا لان قيمة العبد انما تعرف بالحزر والظن
وربما تكون القيمة اكثر من النقرة او اقل وفي الاقالة شبهة العقد فيكون كتمليك النقرة بدراهم اكثر منها
وزنا او اقل فيكون ربا ولان الاقالة بيع جديد في حق الثالث وحرمة الربا حق للشرع فيكون بيعا
جديدا في حقه فيجب الاحتراز عن الربا احتياطا بخلاف ما اذا اشترى العبد بالدراهم او الدنانير
حيث لا تجوز الاقالة بعد فوت العبد لان الدراهم والدنانير اثمان بكل حال عينت او لم تعين
ولو اسلم العبد في طعام وسلم فمات العبد ثم تقايلا جازت الاقالة استحسانا والقياس ان لا
يجوز لان العبد اذا هلك صار العقد بحال لا ينفسخ بالفسخ فكذا بالاقالة وجه الاستحسان ما ذكرنا
ان المسلم فيه مبيع ولهذا لا يجوز بيعه قبل القبض فصار في الحكم كالمبيع القائم من احد الجانبين
وكذا لو قبض الطعام ثم هلك العبد ثم تقايلا جازت الاقالة لما قلنا ويجب عليه رد الكر
المقبوض وان تقايلا قبل قبضه بري المسلم اليه عن طعام السلم ويلزمه رد قيمة العبد رجل
اشترى عبدا بجارية وتقابضا ثم تقايلا ثم هلك احدهما قبل القبض لم تبطل الاقالة وغرم
الذي هلك في يده قيمة الهالك لان كل واحد منهما مبيع وجه وهلاك احد العوضين لا يمنع
ابتدا الاقالة فلا يمنع البقا بطريق الاولى ولان بعد هلاك احدهما بقي العقد محلا للفسخ برد
الاخر بالعيب واذا ثبتت الاقالة صحيحة فعلى الذي بقي العوض في يده ان يرده وهو قادر عليه والاخر
عاجز عن رد الهالك فيغرم قيمته ولو هلكا انتقضت الاقالة وعاد الامر الى ما كان قبل الاقالة لان
هلاكهما يمنع ابتدا الاقالة فيمنع البقا لان بقا الشي ببقا محله ومحله العقد في الطرفين لان المعقود
عليه عند الاقالة العبد فحسب وقد فات ولانه لم تبق محلية للفسخ بالرد بالعيب بعد هلاكهما فلا تبقى محلية
الاقالة ولو اشترى عبدا بالف درهم وتقابضا ثم تقايلا ثم مات العبد قبل بطلت الاقالة لانه فات
المحل على ما ذكرنا ولو اشترى بنقرة فضة بعينها وفي النقرة الف درهم وقيمة العبد الفا درهم فتقابضا
ثم تقايلا ثم هلك العبد قبل ان يقبض لم تبطل الاقالة لان هلاك العبد لا يمنع ابتدا الاقالة لما ذكرنا
فلا يمنع البقا بطريق الاولى واذا ثبت الاقالة يجب على الذي في يده النقرة ان يردها الى صاحبها
وعلى بائع النقرة ان يرد قيمة العبد لانه عجز عن رده العبد بالهلاك فيجب عليه قيمته ومن عليه
القيمة كان القاضي بالخيار ان شا قضى عليه بالدراهم وان شا قضى بالدنانير الا انه ان كان شيا يباع
بالدنانير فالاولى ان يقضي بالدنانير وان كان شيا يباع بالدراهم فالاولى ان يقضي
بالدراهم الا انه لا يتصدق عليه ذلك لان قيمة الاشيا الدراهم والدنانير لكن ان
قضى بالدراهم يتصدق بالفضل وهو الف درهم لوجهين احدهما ان فيه شبهة الربا لان
الجنس متحد وقد اعطى الفا واخذ الفين فالقبض شبه بالعقد فكان فيه شبهة الربا
والثاني ان الالف الزيادة ربح ما لم يضمن لان العبد لم يكن في ضمانه وسبيل ربح
ما لم يضمن التصدق به وان اخذ الدنانير كانت الزيادة له ولا يتصدق بشي لان الجنس
مختلف فلا يتحقق الربح والربا وهو نظير ما ذكرنا اذا اشترى عبدا بالف وقيمته الفان فقطعت
يده او قتل قبل القبض او اشترى نخيلا بثمن فاثمرت قبل القبض ثم قال ههنا يقضي بقيمته دراهم

اودنانير وقال اذا تقايلا بعد هلاك العبد يقضى بقيمته دنانير والفرق ان ابتدا الاقالة بعد
هلاك العبد يشبه ابتدا العقد بثمن من جنس النقرة لا قالة يشبه البيع لانها مبادلة بالتراضي
ولو راعينا وزن النقرة يودي الى الضرر ولو راعينا القيمة يودي الى الربا وبنى الربا على التغليظ فيقضي
بالقيمة من خلاف الجنس رعاية للجانبين كما لو غصب ابريق فضة وزنه مائة وقيمته مائتان للصنعة
فهلك في يده فان القاضي يقضي عليه بقيمته من خلاف جنسه حتى لا يتضرر المالك فلا يودي الى
الربا اما هنا الاقالة قد صحت حال قيام العبد فاذا تحولت الى القيمة بعد ذلك بهلاك العبد
انما يتحول بعد ما دخل العبد في ملكه فالزيادة اذا كانت في ملكه لا تبطل العقد كما قلنا في قتل
العبد وعتق الجارية والتمن فلان الاقالة لما صحت على العبد كان هذا بقا للاقالة على القيمة وليس
في حالة البقا الا شبهة العقد باعتبار حالة القبض فيوجب التصدق لا فساد
العقد لانه لا يكون الربا كالمشروط وانما يجب على القاضي القضا بما يوجب صيانة العقد عن
الفساد لا بما يمنع به التصدق لان هذا امر يفتى به ولا يدخل تحت القضا وصار هذا نظير بقا
العقد على القيمة مع ابتدا العقد عليها وذكر في الربا انه اذا اشترى عبدا بابريق فضة وتقابضا
فمات العبد ثم وجد بالابريق عيبا فرده فان القاضي يقضي له بقيمة العقد ان شا من الدراهم وان
شا ترك من الدنانير سوا كان قيمة العبد اقل من وزن الابريق او اكثر سوا كان الرد بقضا او بغير
او باقالة لان القيمة وجبت بدلا عن العبد لا عن الابريق وجب عليه رد العبد وقد عجز
عن رده بحكم الهلاك فكان عليه قيمته ولهذا لو اراد بايع الابريق ان يبيع الابريق مرابحة
على قيمة العبد لا يجوز فرق بين هذا وبينما اذا اشترى دارا بعبد فان للشفيع ان ياخذها بقيمة
العبد فان كان في الدار صفائح ذهب او فضة او سلاسل فضة فان كانت قيمة العبد بحيث
لو قسمت اضعاف الصفائح والسلاسل مثل وزنها فالقاضي بالخيار ان شا قضى بالقيمة من
الدراهم او من الدنانير وان كان ما اصاب الصفائح اقل من وزنها او اكثر فانه يقضي بما
يحضر الصفائح والسلاسل من خلاف جنسها وفي الباقي بالخيار الا انه ينبغي ان يقضي
بما هو الايسر على الشفيع لان حق الشفعة انما يثبت نظرا له فيقضي بما هو الايسر تخفيفا
لمعنى النظر بخلاف الغاصب فانه لا يعتبر في حقه الايسر لانه جان ولان القضا بالشفعة
تمليك مبتدا ولهذا يثبت في حقه احكام التمليك من الرد بخيار الروية والعيب وغير ذلك فيجب
الاحتراز عن الربا والله اعلم

كتاب الرهن باب من الرهن

اصل الباب معرفة حكم الرهن فنقول حكم الرهن ملك اليد بجهة استيفا الدين يتوسل
به الى حقيقة الاستيفا بملك الرقبة من مالية الرهن لا من عينه ولهذا يختص بما يمكن استيفا
الدين منه وهو المال المتقوم الذي يقبل البيع في الدين ويختص بحق يمكن استيفاوه من المرهون
وهو الدين حتى لا يجوز الرهن بالاعيان ولا بالعقوبات من القصاص والحدود ولهذا
كان موجبه ثبوت الاستيفا لان موجب حقيقة الاستيفا ملك عين المستوفى وملك اليد
موجب العقد الذي هو وثيقة الاستيفا بعد ذلك وهو ملك اليد وعند الشافعي رحمه الله موجبه ما هو موجب

سائر الوثائق كالكفالة والحوالة وهو ان يراد به المطالبة فيثبت به للمرتهن حق المطالبة بايفا
الدين من ماليته وذلك بالبيع في الدين لكنا نقول الكفالة والحوالة عقد وثيقة بالذمة والذمة
محل لالتزام المطالبة فيها فيكون الثابت بها بعض ما ثبت بحقيقة التزام الدين وهو المطالبة
والرهن عقد وثيقة بمال والمال محل للاستيفا الدين منه فعرفنا ان الثابت به بعض ما يثبت بحقيقة
الاستيفا وكيف يكون البيع في الدين موجبه ولا يملك المرتهن ذلك بعد تمام الرهن الا بتسليط
الراهن اياه على ذلك نصا وكم من رهن ينفك عن البيع في الدين وموجب العقد ما لا يخلو
العقد عنه بعد تمامه ولهذا قلنا اذا هلك الرهن يصير مستوفيا للدين من ماليته بالقبض
السابق ولو ادى الراهن الدين ولم يقبض الرهن حتى هلك يجب على المرتهن رد ما اخذ ولهذا
تعتبر قيمته يوم القبض بخلاف ما لو وهب المرتهن الدين من الراهن او ابراه منه ولم يقبض
الرهن حتى هلك عنده من غير منعه فانه لا ضمان عليه استحسانا وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يضمن
قيمته للراهن لان بقبض الرهن تثبت يد الاستيفا للمرتهن ويتم ذلك بهلاك الرهن
فيصير ورثته مستوفيا بهلاكه بعد الابرا بمنزلة استيفائه حقيقة بعد الابرا فيلزمه رد
المستوفى ولا يقال انه انما يصير مستوفيا وقت القبض حتى تعتبر قيمته من ذلك الوقت فيكون
مبريا بعد الاستيفا لانا نقول الابرا بعد الاستيفا صحيح موجب لرد المستوفى كالبايع اذا قبض الثمن ثم
ابرا المشتري عن الثمن ولانه قال في الكتاب في الرهن بالصداق اذا طلقها الزوج قبل الدخول بها ثم هلك الرهن
لا يلزمها رد شي على الزوج ولو كان الطريق ما قلتم للزمها رد النصف كما لو استوفت حقيقة ولان قبض
المرتهن قبض ضمان وكل قبض اوجب الضمان يبقى ببقا القبض وان سقط الدين كما لو استوفاه اشترى
بالدين عينا او صالح منه على عين او احاله على انسان يبقى ضمان الرهن فان بريت ذمة الراهن عن الدين
وكذا لو تصادقا ان لا دين يبقى ضمان الرهن لبقا القبض ولو تبادلا رهنا برهن يبقى ضمان الاول ما لم يرده
لبقا القبض والمشتري اذا قبض المبيع وهو بالخيار ثم فسخ المبيع يبقى مضمونا بالثمن لبقا القبض
وان كان الخيار للبايع يبقى بعد الفسخ مضمونا بالقيمة كما كان ولا يقال لو وجب الضمان على المرتهن
انما يجب بسبب الابرا وهو متبرع فيه وانه لا يجوز الا ترى انه لو استحقت العين الموهوبة بعدما هلكت
في يد الموهوب له وضمن قيمتها لم يرجع على الواهب ولو وهب البايع الثمن للمشتري ثم هلك
المبيع في يده لا يضمن للمشتري ومعلوم ان الرهن لو هلك في يده قبل الهبة او الابرا لا يضمن شيا فكذا
بعده لانا لا نوجب عليه الضمان بسبب الابرا بل بالاستيفا بهلاك الرهن الا انه قبل الابرا كان
تقع المقاصة وبعده لا يمكن اثبات المقاصة فيبقى المستوفى مضمونا عليه كما لو استوفاه حقيقة
بعد الابرا يلزمه ضمان المستوفى وان كان لو لم يسبق الابرا لم يكن عليه شي وللاستحسان وجهان
احدهما ان ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان الاستيفا فلا يتحقق ذلك
الا باعتبار الدين وبالابرا انعدم احد المعنيين وحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام
احدهما الا ترى انه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقا الدين وكذا اذا ابرا عن
الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقا القبض بخلاف ما لو استوفى الدين لانه لا يسقط

بل يتقرر فان ما هو المقصود يحصل بالاستيفا وحصول المقصود بالشي ينهيه ويقرره ولهذا جاز
الابرا عن الثمن بعد الاستيفا واذا بقي الدين حكما بقي ضمان الرهن فبالهلاك يصير مستوفيا فتبين
انه استوفى الدين مرتين اما بالابرا يسقط فلا يبقى الضمان لانعدام احد المعنيين واذا اشترى شيا
بالدين او صالح فذلك استيفا بطريق المقاصة وكذا الحوالة لان بها لا يسقط الدين لكن ذمة المحتال
عليه تقوم مقام ذمة المحيل وهو بعرض ان يعود الى ذمة المحيل بموت المحتال عليه مفلسا ولهذا بعدما
تبادلا رهنا برهن الدين والقبض باق في حق العين الاول فبقي الضمان واذا تصادقا على ان لا دين
فنقول ان تصادقا بعد هلاكه فالدين كان واجبا ظاهرا حين هلك ووجوب الدين ظاهرا يكفي
لضمان الرهن لما بينا فان شا الله تعالى فصار مستوفيا فاما اذا تصادقا حال قيام الرهن ثم هلك
يهلك امانة لان بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين والوجه
الاخر وعليه الاعتماد ان مقصود الراهن عند تسليم الرهن الى المرتهن ان يبرئ ذمته عند هلاك
الرهن من غير ان يلزمه شي اخر وقد حصل هذا المقصود بالابرا قبل هلاكه فلا يستوجب عند هلاكه
شيا اخر كمن عليه الدين المؤجل اذا عجل ثم حل الاجل وصاحب النصاب اذا عجل الزكاة ثم تم الحول
بخلاف ما لو استوفى فهناك مقصوده لم يحصل لان ذمته انما بريت بما اعطى وكذا اذا اشترى
بالدين او صالح او احال او تبادلا رهنا برهن فما هو المقصود له عند هلاك الرهن ما يحصل بهذه الاسبا
واذا تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن لا يكون مضمونا لان مقصوده حصل بالتصادق حين لم
يلزمه شي اخر ولا يقال مقصوده براة ذمته عند هلاك الراهن بطريق الايفا وانما ترتب ذمته بطريق
الاسقاط بالابرا والاسقاط غير الايفا لانا نقول الاسباب غير مطلوبة لاعيانها بل لاحكامها فانما
ينظر الى حصول المقصود ولا ينظر الى اختلاف الطريق بمنزلة ما لو قال لفلان علي الف درهم قرض وقال
المقر له هو غصب يلزمه المال لاتفاقهما فيما هو المقصود فان اختلفا في السبب وكذا لو قال لفلان علي
الف درهم ثمن هذه الجارية التي بعتنيها وقال فلان الجارية جاريتك ما بعتها ولكن لك علي الف درهم
يلزمه المال لحصول المقصود وهو سلامة الجارية له وان اختلفا في السبب وهذا مثله وهذا بخلاف
البيع فالضمان هناك انعقد بالقبض ولكن فسخ البيع يبطل بالهلاك قبل الرد كما يبطل البيع بالهلاك
قبل التسليم وهنا الابرا لا يبطل بهلاك الرهن بعده ولان هناك ما هو المقصود للبايع لا يحصل
بفسخ البيع ما لم يعد المبيع اليه فلهذا بقي الضمان بخلاف ما لو منع الرهن بعدما ابراه
حتى مات لانه كان امينا فبالمنع بعد الطلب يصير غاصبا وهكذا نقول في الصداق اذا رهن
عبدها وقيمته مثل المسمى ثم ابراته او وهبته له ولم تمنعه فلا ضمان عليها وكذا لو اختلعت منه قبل
ان يدخل بها لان مقصوده وهو براة ذمته عن الصداق قد حصل بالابرا والخلع
ولا يعتبر اختلاف السبب ولو ابراته عن حقها قبل الطلاق او لم تبريه حتى هلك فلا ضمان
عليها اما في الابرا فلحصول المقصود واما اذا لم تبريه فلحصول مقصوده في النصف بالطلاق
قبل الدخول وانما بقي ضمان الرهن في النصف الذي هو حقها فبهلاك الرهن تصير مستوفية ذلك
القدر حاصة فلهذا لا يلزمها رد شي فاذا ثبت هذا فنقول اذا تصرف الراهن في المرهون تصرفا

تصرفا يبطل حق المرتهن والتصرف يحتمل النقض بعد وقوعه يتوقف على اجازة المرتهن لان الاصل ان
من تصرف في ملكه وقد تعلق به حق الغير حقا مستحقا مقصورا على الغير يتوقف نفاذ تصرفه على اجازة
صاحب الحق ان اجاز او زال حق الغير نفذ والا لم ينفذ لانه ليس له ولاية ابطال هذا الحق لانعدام
ولايته على غيره ويعني بالحق المستحق ما لا يملك المالك ابطاله بغير رضاه احترازا عن حق
الوكيل والمستعير فان حقهما لا يمنع نفاذ تصرف المالك لانه غير مستحق ويعني بالمقصور
على العين ما لا يملك المالك نقله من العين الى عين اخر بغير رضاه احترازا عن حق الساعي في
السائمة وحق المجني عليه في العبد الجاني ثم اذا اجاز صاحب الحق حتى نفذ هل يثبت حق المرتهن
او صاحب الحق في البدل ان كان ذلك بدلا عما تعلق به حق صاحب الحق كالثمن في الرهن فانه يتعلق
به حق المرتهن لان الثمن بدل العين وتجعل اجازته اجازة تنفيذ كانه مالك حتى يجوز ما اجازه
ولا يجوز ما لا يجيزه تقدم او تاخر وان كان بدلا عما لا يتعلق به حقه كما في الاجارة فانه لا يتعلق
حقه بالبدل لان الثمن بدل العين وحق المستاجر في منفعة وتجعل اجازته اسقاطا لحقه فينفذ
ما تقدم من التصرفات دون ما تاخر عند المنا فاذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل رهن عند
رجل عبدا قيمته الف درهم بالف درهم وقبضه المرتهن ثم ان الراهن باع العبد من رجل بالف درهم
فالبيع باطل الا ان يجيزه المرتهن ويعني بقوله انه باطل اي سيبطل الا ترى انه قال الا ان يجيزه المرتهن
وغير المنعقد لا ينفذ بالاجازة واختلفت الالفاظ في هذه المسالة في الرواية ذكر في بعضها ان
البيع باطل وفي بعضها انه فاسد وفي بعضها انه موقوف وهو الاصح وفي الاصح وفي بعضها انه جائز
وتاويل قوله باطل اي سيبطل اذا لم يجز المرتهن فيطلب المشتري الفسخ وهو تاويل قوله انه فاسد لان
الراهن عاجز عن التسليم لحق المرتهن وان باع ملكه نفسه الا انه في يد غيره يدا لازمة لان المرتهن
مالك في حق اليد ولهذا يورث عنه ويقدم على الغرما فقد باع شيا لا يقدر على تسليمه فيكون
فاسدا يعني الصحة موقوفة حتى لو افتك الراهن او اجاز المرتهن جاز كما في اسقاط الاجل
ونزع الخاتم ونحوه بخلاف بيع الابق لان في كون الرهن غير مقدور التسليم احتمالا لان
الفكاك بيده فان افتكه تبين انه باع ما هو مقدور التسليم كالجذع في السقف وبيع المغصوب
من غير الغاصب اذا كان له بينة او الغاصب فصح وان لم يفتكه تبين انه باع ما هو معجوز عن
التسليم فلا يصح كبيع الجذع اذا لم ينزعه وبيع المغصوب اذا لم تكن له بينة والغاصب جاحد
وتاويل قولهم جائز الى اجازة المرتهن وسلم وهو تاويل قوله موقوف لان حق المرتهن لا يكون
اقوى من ملك الغير ثم ذلك لا يمنع الانعقاد على وجه التوقف فهذا اولى وروى عن ابي
يوسف في الامالي ان البيع نافذ حتى لو اعتقه المشتري قبل القبض نفذ عتقه ولو لم يعتقه
بقي رهنا عنده حتى يستوفي المرتهن دينه وذكر في اخر الباب في الاصل وعلى هذا جميع هذا الوجه
وقياس في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقولنا وما ذكرنا في الامالي قوله الاول وما ذكر
هنا قوله الاخر وجه قوله الاول انه تصرف في ملكه تصرفا لم يتضمن ابطال حق
المرتهن فينفذ كما قبل الرهن وقولنا تصرف في ملكه ظاهر لان ملكه لا يزول بالرهن

ولهذا ينفذ اعتاقه وقولنا لم يتضمن ابطال حق المرتهن لان حق المرتهن ليس الا في الحبس لاستيفا
الدين وانه لا يبطل بالبيع لانه يجوز ان يبقى مرهونا عند المرتهن وان انتقل ملك الرقبة الى غيره الا ترى
ان الراهن لو مات ينتقل ملكه الى الورثة ويبقى مرهونا وكذا الراهن اذا اقر بالمرهون لغيره يصح اقراره
لو اعتقه المقر له يصح اعتاقه ويبقى الرهن وحق الحبس للمرتهن ولان حقه لا يبطل في العين
من حيث المعنى فانه ينتقل من عين الى عين اخر مثله في المالية فعلى هذه العلة فرق بين بيع الراهن
وبيع الاجر لان حق المستاجر لا ينتقل الى يد المستاجر على ما ذكرنا في اصل الباب فقلنا بالتوقف
على ما نبين وجه ظاهر الرواية انه تصرف في ملكه تصرفا يحتمل النقض وحق الغير فيه حق مستحق
وهو مقصور على العين على ما ذكرنا فوجب ان يتوقف ولا ينفذ الا برضى من له الحق قياسا على
بيع المواجر والجامع بينهما انه ليس له ولاية ابطال حق الغير وهذا ظاهر الرواية التي لا يثبت له حق
الحبس الثمن لما ذكرنا لانه ابطال بغير بدل كالاجارة وعلى الرواية التي له حبس الثمن فيه اقامة البدل مقام
المبدل في حق الحبس وتعلق الحق به فيبطل حقه عن الاول ولا يملك ذلك كالمولى اذا باع عبده المأذون
المديون بغير رضى الغرما فلا يصح في حقهم وان انتقل حقهم الى بدله لما فيه من ابطال حقهم
عن العين واقامة محل اخر مقام العين في تعلق الحق بخلاف ما اذا مات الراهن لانه ليس فيه اقامة
محل اخر مقام الاول ولان ثمة ضرورة لا يمكن دفعها فلا تهمة فيه الا ترى ان الاجارة تبطل بالموت
ولا تبطل بالبيع وبخلاف الاقرار لانه ليس فيه اقامة محل اخر مقام الاول فلا يظهر اقراره في حق
المرتهن كما لا ينفذ بيعه في حقه ولهذا لا ينفذ بيع المقر كما لا ينفذ بيع الراهن وانما ينفذ اعتاقه
لانه تصرف بنفذ من الراهن فينفذ من المقر له لقيامه مقامه وهو يملك ابطال حقه عن
العين بهذا الطريق فيملك اقامة غيره فيه مقامه وفيه نوع منفعة للمرتهن لانه لو اعتقه
الراهن بنفسه كان له ان يضمنه اذا كان موسرا او يستسعي العبد ان كان معسرا واذا صححنا
اقراره في حق نفاذ العتق كان له ان يضمن الراهن لانه صار جانيا على حقه بتسببه لتنفيذ
عتق المقر له فيه ولهذا ان يضمن المقر له لانه باعتاقه تسبب لاتلاف محل حقه وهو المالية فكان
في نفاذ اقراره منفعة له بخلاف البيع ثم اذا لم ينفذ بيع الراهن على المرتهن ولم يبطل حقه في
الحبس هل يبقى العقد منعقدا حتى لو سقط حق المرتهن بالفكاك ينفذ ذلك البيع ام يبطل
حتى يحتاج الى بيع مستانف ذكر في اخر هذا الباب انه لا يبطل وروى عن ابي حنيفة في
غير رواية الاصول انه يبطل وهو نظير الاخر الى باع المستاجر من غير عذر ان اجاز المستاجر
نفذ البيع وبطلت الاجارة وان لم يجز كان فيه روايتان كما في الرهن قيل ما روي انه ينتقض جواب
القياس وما روي انه لا ينتقض جواب الاستحسان وحكي عن الامام الزاهد عبد الواحد انه
سيل عن المواجر اذا باع المستاجر بغير عذر في الاجارة الطويلة في اوقت الخيار هل ينفذ
بيعه قال يجب ان تكون المسالة على روايتين في رواية ينفذ وهو الصحيح وفي رواية لا ينفذ وقال
على الاجارة المضافة الى وقت المستقبل اذا باعه قبل مجي الوقت المضاف اليه هل ينفذ بيعه فيه
روايتان في رواية ينفذ وفي رواية لا ووجه البيان ان الاجارة الطويلة عقود مختلفة كل عقد مضاف

مضاف الى وقت ثم عقد واحد اختلفوا فيه قال بعضهم عقد واحد وقال بعضهم عقود مختلفة وهو الاصح
وينبني على هذا اذا اجر دار اليتيم او الوقف او استاجر لليتيم اجارة طويلة لا شك ان العقد يبطل في المدة
التي يصيبها قليل الاجر في الاجارة او كثيره في الاستيجار وفي الباقي هل تفسد فمن جعل هذا
عقدا واحدا يقول بانه يفسد ومن جعلها عقودا يقول بانه لا يفسد فجعلوا عقودا دفعا للفساد
ان منها اشتراط الخيار اكثر من ثلاثة ايام في العقد واحد لانه تدخل الايام المستثناة في العقد
لو كان عقدا واحدا ويكون له الخيار وقد ذكر عن ابي يوسف رحمة الله من استاجر شيئا على انه بالخيار ثلاثة
ايام في اخر الشهر كان له الخيار في الحال الى اخر الشهر وذكر في فتاوى الفقيه الجليل ابي بكر محمد ابن الفضل
اذا قال بعت منك هذا على انك بالخيار في راس شوال فقبل المشتري وهما في رمضان كان له الخيار
من وقت العقد الى راس شوال فيثبت الخيار في هذه الاجارة كلها فيفتي على انها عقود من حيث المعنى
وان كان عقدا واحدا من حيث الظاهر ولو باع في ايام الخيار قبل الفسخ ذكر شمس الائمة السرخسي
انه يجب ان يكون هذا على الروايتين ايضا كما ذكرنا لان الاجارة في المدة الثانية مضافة لكن
الظاهر انه ينفذ بالاجماع لان له ولاية الفسخ والبيع دلالة الفسخ ولهذا اختالوا بهذه الحيلة
انهم يبيعون المستاجر قبل مجي المدة حتى اذا مضت المدة تنفسخ بخلاف الاجارة المضافة لانه ليس
للاجر ولاية الفسخ فجاز ان يكون في بيعه روايتان واختيار الصدر الشهيد واستادنا رحمهما الله
رواية الجواز فيما اذا باع قبل مضي المدة كما ذكر في اخر الباب واختيار الامام ظهير الدين رواية
عدم الجواز احترازا عن التلبيس والاحتيال وهذا كله اذا لم يجز المرتهن ولم يفسخ البيع حتى افتك
الرهن اما اذا فسخ البيع هل يصح فسخه لم يذكرها هنا وذكر في المبسوط ان فيه روايتين في رواية ينفسخ
البيع حتى لو افتك الراهن فلا سبيل للمشتري عليه وهو رواية ابن سماعة عن محمد ايضا وذكر شمس الائمة
الحلواني في شرح الجامع ان في ظاهر الرواية تنفسخ وفي رواية الطحاوي لا تنفسخ وجعل
فسخ المستاجر بيع الاخر على هاتين الروايتين ايضا وذكر قاضي اسبيجاب في ظاهر الرواية
لا تنفسخ وهو اختيار الصدر الشهيد وفي مختصر الطحاوي انه ينفسخ البيع بفسخ المستاجر في قول
ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول وروي عنه اصحاب الامالي انه لا سبيل للمستاجر
الى نقض البيع وفي رواية محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله انه ليس للمستاجر فسخ البيع
وان اجاز بطل ما بقي من اجارة وقال بعضهم يصح فسخ المرتهن ولا يصح فسخ المستاجر
وجه رواية صحة الفسخ ان صاحب حق يضاهي حقيقة الملك فاشبه تصرف المولى في اكتساب مكاتبه
وكما لو باع ملك الغير وجه ظاهر الرواية ان الراهن تصرف في ملكه بالتمليك الا انه في
يد مانعة فله المنع دون الابطال لان ابطاله ضرر بالراهن وليس في توقفه ضرر بالمرتهن
والانسان انما يتمكن من ابطال حق الغير اذا كان لا يتاتى بقا حقه الا بابطال حق الغير اما اذا
امكن بقا حقه مصونا من غير ان يتعدى الى ابطال حق الغير فالاصل ابقا حق الغير وهكذا
نقول في المستاجر ولفظ الكتاب يدل على هذا فانه قال بعد ما بالمرتهن وهو موقوف
واشار في الكتاب الى هذا فانه قال ولم يبطله القاضي حتى باعه من غيره وهذا لان المرتهن

لاحق له في هذا العقد حتى اذا اجازه كان المشتري متمكلا على الراهن لا على المرتهن بخلاف
ما اذا اجازه المالك لانه تملك عليه فكانت له ولاية الفسخ اما هنا للمرتهن دفع الضرر من نفسه
لا غير انما ولاية الفسخ للقاضي اذا خوصم اليه وعجز البايع عن التسليم لقطع المنازعة فالم يوجد
ذلك كان موقوفا الا ان للمشتري حق الفسخ بالاجماع لتغير شرط عقده وهو التسليم في الحال
وليس للبايع حق الفسخ لانه لازم من جهته وروي عن ابي يوسف انما الخيار للمشتري اذا لم
يعلم كونه مرهونا اما اذا علم لا يخير وجعل الرهن والاجارة بمنزلة العيب والاصح ان هذا الخيار
الاستحقاق فلا فرق فيه بين العلم والجهل وهو اختيار البزدوي رحمة الله لان البيع يقتضي صفة
السلامة عن العيب حقا للعاقد فجاز ان لا يبقى مقتضيا لها عند علمه بالعيب لانه انما يقتضي العقد
انعقد ذلك لكونه طالبا لها دلالة ولا عبرة للدلالة في موضع العلم والخيار هنا لفساد العقد لكونه
غير مقدور التسليم وهو ثابت حقا للشرع فلا يقف ذلك على علمه وطلبه دلالة فهما جعلاه بمنزلة
الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع عند الاستحقاق وذكر الفقيه الجليل ابو بكر محمد بن الفضل
ان ظاهر الرواية قولهما وما ذكر عن ابي يوسف روى عنه اصحاب الامالي وقاسه على ما لو اشترى امة
ذات زوج وهو يعلم بذلك وفرق الفضلي وقال الزوج لا يمنع التسليم الى المشتري اما الرهن والاجارة
تمنع التسليم ثم اذا اجاز المرتهن البيع حتى نفذ او باعه المرتهن واجاز الراهن خرج العبد من الرهن
وكان الثمن رهنا مكانه قبض من المشتري او لم يقبض وان توى على المشتري او توى بعد ما قبض
توى من مال المرتهن والمرتهن من الجنس في الثمن ما كان في الرهن وهذا ظاهر فيما اذا كان البيع
مشروطا في عقد الرهن او كون الثمن رهنا عند الاجارة فظاهر لان البيع من حقوق الرهن فلا يوجب
بطلان الرهن كالامساك ولان المرتهن انما شرط البيع زيادة في التوثق فلو ابطل ذلك حقه في الثمن زال
زال المقصود من التوثق وكذا اذا كان مشروطا فكذلك لان الثمن بدل الرهن فينتقل الحق اليه كما لو قتل
العبد المرهون ينتقل حق المرتهن الى بدله وهكذا ذكر الطحاوي في الاختلاف ولم يحك خلافا وروى
القاضي ابو حازم عن ابي يوسف انه انما يكون رهنا عنده اذا شرط المرتهن عند الاجارة ان يكون
الثمن رهنا عنده وانما يستقيم هذا منه على الرواية التي تقول ان بيع الرهن موقوف كما قال
ابو حنيفة ومحمد لا على الرواية التي قال البايع نافذ وروي عنه ان الثمن انما يكون
رهنا اذا شرط ان يباع بدينه اما بدونه فلا وجه هذه الرواية ان الراهن ملك الثمن بسبب
جديد فلا يصير مرهونا بدون الشرط كالراهن اذا اجر المرهون واجاز المرتهن
لا يصير الاخر مرهونا بدون الشرط وهذا لانه اسقط حقه بالاجارة فلم ينتقل الى
البدل الا بالتراضي كالعبد الموصى بخدمته اذا باعه الوارث واجازه الموصى له بخلاف المولى
ببيع العبد المأذون المديون واجازه الغرما لان الحق الثابت للغرما هو البيع فاذا
اجازوه لم يسقط حقهم والحق الثابت للمرتهن ليس هو المبيع بل الامساك والحبس والبيع
ينافي الحبس وجه ظاهر الرواية ما ذكرنا ان الثمن بدل كالقيمة ولان السبب الموجب لسقوط
الحق عن المرتهن هو الموجب للعوض فانتقل حق المرتهن اليه كالاستهلاك ولان حق المرتهن تعلق

تعلق برقبة فاذا اجاز البيع انتقل الى الثمن كالعبد المديون اذا اعتقه المولى واجاز الغرما
بخلاف الوصية لان حق الموصى له في المنفعة دون الرقبة فلا ينتقل حقه الى العوض عن الرقبة
التي لا حق لها فيها ولانه لو اجاز على ان ينتقل حقه على الثمن لم ينتقل فعلم ان الوصية مخالفة للرهن
وكذلك الاجرة بدل المنفعة ولا حق للمرتهن في المنفعة حتى ينتقل الى بدلها فكانت الاجارة اسقاطا
لحقه وانما توى الثمن على المرتهن لانه صار رهنا فحكمه حكم الاصل ويجوز ان يكون الثمن في الذمة
رهنا وان كان لا يجوز ابتدا لان المانع في الابتدا اشتراط القبض وعدم تصوره
في الدين والبقا يجوز من غير قبض فليس في الدين اكثر من تعذر القبض واذا صار الثمن
هنا فان كان الدين حالا وهو من جنسه استوفاه بدينه لانه ظفر بجنس حقه من مال المديون وان كان
مرجلا امسكه الى ان يحل الاجل لان الاجل حق الراهن فلا يجوز اسقاطه بغير رضاه واذا حل
والثمن من جنسه اخذه قصاصا وان كان من غير جنسه فان كان المرتهن مسلطا على بيعه لم
واستيفا الدين له ان يبيعه ويستوفي الدين كما في المرهون لان الاستيفا من غير الجنس لا
يتحقق الا بالبيع وهو ماذون في الاستيفا فكان له ان يفعل ما يقع به الاستيفا وان لم يجز
المرتهن البيع ولم ينقضه القاضي حتى باعه الراهن من اخر واجاز المرتهن البيع الاول بعد الاول
يكون الثمن رهنا عنده ويبطل الثاني وان اجاز البيع الثاني نفذ الثاني وعنه رهن عنده
ويبطل الاول لان البيعين جميعا موقوفان على اجازته لان الاول غير نافذ حتى يمنع توقف
الثاني فايهما اجاز جاز ذلك وبطل الاخر كالفضولي اذا باع مال الغير من رجل ثم
باعه من اخر ثم اجاز المالك احدهما ولو كان الراهن لم يبعه بعد البيع لكن رهنه
من اخر او اجره منه او وهب له فاجاز المرتهن وسلم او الاجارة او الهبة لم يجز شيء
منه وجاز البيع ويأخذ الراهن الثمن ويرجع المرتهن بدينه وروي عن ابي يوسف انه
قال يجوز التصرف الاول في الوجهين لان المرتهن صاحب حق والتصرف لم يلاق
حقه وانما لاقى العين غير انه في يده اللازمة فمتى ابطل حقه لم يبق في يده ورضي ببطلان
حقه فذهب المانع من نفاذ تصرف المالك من الاصل فنفذ ما سبق من تصرفاته كما لو
باع ثم رهن او رهن ثم اجر وقيل على قياس قوله في البيعين اذا اجاز الثاني انما ينفذ الثاني
اذا شرط في الاجارة ان يكون الثمن الثاني رهنا عنده اما اذا لم يشترط ذلك نفذ البيع
الاول لان بدون هذا الشرط لا حق له في الثمن على ما ذكرنا فاستوى البيع والاجارة والرهن
وجه ظاهر الرواية وهو ان بيع الراهن وقع للمرتهن من وجه لانه يوصله الى حقه لانه طريق
استيفا حقه من مالية الرهن والرهن وضع لهذا لانه عقد استيفا من وجه ثم يصير
حقيقة الاستيفا عند الهلاك فكان هذا طريقا الى وصول حقه الذي قصده من العين
فصارت اجارته اجازة لتعيين فينفذ ما قصده بالاجارة دون ما لم يقصده الارتهان
الاثمان مما يتفاوت في الاستيفا فرب ثمن يفي بحقه ورب ثمن لا يفي فالرضا باحدهما لا يكون رضى
بالاخر بخلاف سائر التصرفات سوى البيع لانه لا يصح حقا للمرتهن لانه لا يوصله الى حقه

بل يبعده عن حقه فصارت اجازته اجارة اسقاط ولان البيع حقه من حيث انه يثبت حقه
في الثمن فكان مبطلا حق المرتهن عن المبيع مبقيا حقه في الثمن فكان واقعا له فيتوقف نفاذه
على اجازته وفي هذا الاول والثاني سوا فكان كل واحد موقوفا على اجازة المرتهن كبيع الفضولي
اما الرهن من الراهن لم يقع للمرتهن من وجه لانه لا بدل في الرهن والهبة والبدل في الاجارة
بدل المنفعة فلا يثبت حقه في شي ما بسبب العقد الثاني فلا ينتفع المرتهن بوجه ما وانما
ينتفع الراهن فكان الراهن بهذا العقد عاملا لنفسه من كل وجه لا للمرتهن فلم يكن من هذا
الوجه موقوفا على اجازته حتى ينفذ باجازته لكن انما يكون موقوفا من حيث انه مبطل حقه عن
المرهون فتكون اجازته معتبرة في ابطال حقه لا غير واذا بطل حقه بالاجارة بقيت العبرة
لحق الراهن وبيعه كان شايعا فيجوز البيع دون الرهن ولهذا ياخذ الراهن الثمن ويرجع المرتهن
بدينه وليس له حق حبس الثمن لانه لم يجز البيع حتى يكون الثمن له انما ابطل حقه ثم شرط في اجارة
المرتهن الرهن دفع المرهون الى المرتهن لان الرهن لا يفيد حكمه قبل القبض فالاجارة بالرهن الثاني
لا تكون معتبرة لابطال حق المرتهن بدون التسليم الى الثاني وفي الهبة مع الاجارة التسليم شرط
لانها لا تفيد الحكم بدونه كالرهن وفي الاجارة لا لانها تفيد الحكم في الجملة قبل التسليم وهو
وجوب التسليم واذا باع ثم رهن واجاز المرتهن ونقد البيع تكلموا انه ينفذ بنفس الاجارة او عند
التسليم الى الراهن قال بعضهم عند التسليم وقد اشار في الكتاب الى هذا فانه قال اجاز المرتهن الرهن
وسلمه الى صاحبه لان نفاذ البيع ثبت حكما لانتقاض الرهن وانتقاض الرهن يقف على انتقاض القبض
وذلك يكون بالتسليم والاصح انه ينفذ بنفس الاجارة رضي بسقوط لزوم يده والمانع من
نفاذ تصرف الراهن هذا وقد ثبت ذلك بنفس الاجارة ولو وهب ثم باع او اجر ثم باع اجاز
البيع جاز لان الاجارة في حقه اجازة تنفيذ لانه يوصله الى حقه وعلى قياس رواية ابي يوسف يجوز
الاول لانه اسقاط وكذا الاخر اذا باع المستاجر ثم باع من غيره واجاز المستاجر الثاني نفذ الاول لانه
اعالم ينفذ لحقه وقد اسقط حقه وحقه لا يتعلق ببدله وكذا لو كان الثاني مع المستاجر وان كان
رضا بالفسخ ضرورة صحة الثاني لانه لو لم يصح الثاني لا يكون اجازة للاول لان اجازته كان
ضمنا للبيع الا انا نقول اقدامه على الشرا يتضمن الرضا بنقض الاجارة وقصده ثبوت الملك
في الدار فيعتبر في حق النقض دون ثبوت ملكه لان ذلك غرضه ولا يتعلق رضاه بالنقض
على حصول الغرض كما اذا سلم الشفعة بالمال يبطل وان لم يجب المال بخلاف الرهن لما ذكرنا
هذا اذا باع الراهن او اجر او رهن فاذا كان باع المرتهن باذن الراهن جاز والا فلا لان بيع
مال الغير لا يجوز الا بولاية او وكالة ولانه انما ثبت حقه بعقد الرهن فكان له ان يتصرف
بما اقتضاه العقد لا غير وذلك هو الحبس وليس له ان يواجر ولا ان يعير لما ذكرنا
لا يملك الانتفاع فلا يملك تمليكه لغيره فان فعل فسخ وعاد رهنا كما كان لانه نقد
منه فلا يبطل عن ضمان الرهن ولم يخرج عن الرهن ولكل واحد منهما ان يبطل الاعارة اما
الجواز فلان المنافع على ملك الراهن وانما منع من استيفائه لحق المرتهن فاذا اذن له المرتهن

المرتهن جاز واذا اذن الراهن جاز ايضا لانه حقهما وقد تراضيا واما خروجه عن ضمان الرهن
فلان الراهن اذا استعاره زال قبض المرتهن وهو الموجب للضمان واذا استعاره المرتهن فقد
خرج من قبض الرهن وصار في يده عارية وانما ينفرد كل واحد منهما بابطال العارية لانها تبرع لا
يتعلق بها الاستحقاق والمرتهن في الرهن كالمالك وانما لم يبطل الرهن بزوال القبض لان
الاستحقاق تعلق بالقبض الاول لخروجه من يده لا يوجب بطلان حقه كما لو غصبه منه
غاصب وقال ابو يوسف في الامالي اذا كان الرهن جارية فاستعارها الراهن فولدت في
يده كان للمرتهن ان ياخذها وولدها ويكون رهنا معها لما ذكرنا ان زوال القبض لا يمنع
تعلق الاستحقاق بالرقبة فيسري الى الولد فان اجره الراهن من المرتهن فقد خرج من الرهن
ولا يعود الى ذلك ابدا لان الاجارة اقوى فيبطل الرهن وكذا لو اجر من غيره فاجره المرتهن او اجر
المرتهن فاجاز الراهن ولو اجر المرتهن باذن الراهن او بغير اذنه واجازه فالاجرة للراهن لانه
وكيله في الاجارة وان لم يجز فالاجرة للمرتهن لانه بمنزلة الغاصب ويتصدق بالاجرة والله اعلم

باب من الرهن في الولد والجناية عليه

اصل الباب معرفة احكام نما المرهون كالولد والثمر والصوف واللبن وغير ذلك فنما ان ولد
المرهون مرهون على معنى ان له حبسه بالدين ويكون مقدما على الغرما في ثمنه وان لم يكن مضمونا
حتى لا يسقط شي من الدين بهلاكه وعند الشافعي رحمة الله لا يثبت حكم الرهن في الزيادة والراهن
احق بها لقوله صلى الله عليه وسلم له غنمه وعليه غرمه فطلق اضافة الغنم اليه دليل على انه يخلص
حقا له وقال صلى الله عليه وسلم الرهن مركوب ومحلوب والمراد به محلوب للراهن بدليل قوله وعلى
الذي يركبه ويحلبه نفقته والنفقة على الراهن بالاجماع ولانه ليس بمركوب ومحلوب للمرتهن بالاجماع
والمعنى فيه ان هذه زيادة تملك الاصل فلا يثبت فيها حكم الرهن كالكسب والغلة وهذا لان
الثابت بالرهن حق البيع في الدين وذلك ليس بحق متاكد في العين فلا يسري الى الولد لحق البيع
بالوكالة وحق الدفع في الجارية الجانية وحق الزكاة في النصاب بعد تمام الحول بخلاف ملك الراهن لانه
متاكد في العين لان العين هو المملوك اقصى ما في الباب ان حق المرتهن تعلق بالاصل الا انه لا يلزم
من ذلك تعلق الحق بالزوائد ولهذا لا يكون ولد المنكوحة منكوحة والاول المستاجرة مستاجرة
والدليل عليه ان حكم الضمان لا يثبت عندكم في الولد لهذا المعنى فكذا حكم الرهن ولان الرهن وثيقة
بالدين فلا يسري الى الولد كالكفالة وهذا عقد لا يزيل الملك في الحال ولا في الثاني فلا يسري
الى الولد كالاجارة والوصية بالخدمة وبفصل الوصية يظهر الفرق بين البدل والولد فان
حق الموصى له بالخدمة يسري الى البدل لقيامه مقام الاصل ولا يسري الى الولد
وكذا حق ولي الجناية فكذا الرهن ولا يلزم على ما ذكرنا ولد المغصوبة ليس بمغصوب اصلا
ولئن كان مغصوبا بنفسه الا ان المضمونة صفة ثابتة للام فيتعدى الى الولد وولد الولد حر
لان الحرية صفة ثابتة لها فتعدى الى الولد وكذا الكتابة ولهذا لا يكون ولد المدبرة مدبرا لم
عند لان التدبير ليس بصفة للمحل لحكم الرهن ليس بوصف ثابت للمحل ليتعدى الى الفرع

اما على اصلنا فلانه حق المطالبة بالبيع واختصاصه بالثمن وهذا وصف المرتهن دون المرهون
وعلى اصلكم حكم ملك اليد والحبس وهذا وصف المرتهن ايضا فانها عبارة عن القدرة على حفظ
المحل وحبسه لانه ملك الراهن والملك علة مطلقة للتصرفات قياسا على ما قبل الرهن الا المانع
والمانع ليس الا الرهن ولم يوجد اضافة الرهن الى الولد بكونه منفصلا وما حالة الاضافة الى
الام وحجتنا في ذلك قول معاذ رضي الله عنه فيمن ارتهن نخيلا فاثمرت ان الثمار رهن
معها وقال ابن عمر رضي الله عنهما في الجارية المرهونة اذا ولدت فولدها رهن معها والمعنى
فيه ان حق المرتهن متاكد في العين انه يوصف الغير به يقال مملوك للراهن وهذا لان ملك
اليد نوع ملك الرقبة نوع ملك ثم ملك الرقبة وصف ثابت للمحل فكذا ملك اليد لانهما شي واحد
لان ملك الرقبة يظهر في حق اطلاق التصرفات وملك اليد يظهر في حق القدرة على حفظ المحل
والحبس فكان كل واحد منهما وصفا للمحل ولهذا يسري الى بدل العين ودليل التاكد انه من عليه لا يملك
ابطاله ويورث ويتقدم على الغرما والورثة فيه وفي بدله والحقوق المتاكدة في الامهات تسري
الى الاولاد الا ترى ان الجارية المديونة اذا ولدت تعلق حق الغرما به كما في الام وفقه هذا
الكلام ان موجب عقد الرهن يد الاستيفا لما نذكر ان شا الله ويد الاستيفا انما تكتسب في العين وهي
معتبرة بحقيقة الاستيفا وحقيقة الاستيفا موجبة في الزيادة التي تحدث بعده فكذلك يد الاستيفا
وهذا لان المتولد من الاصل يثبت فيه ما كان في الاصل والاصل كان مملوكا للراهن مشغولا بحق
المرتهن ويثبت ذلك في الزيادة لا ملك اخر لانه يحتاج ملك اخر الى سبب اخر بخلاف الكسب و
الغلة وهو غير متولد من الاصل وانما ملكه بسبب حادث الا ترى ان حكم الكتابة والاستيلاد يثبت
في المتولد من الاصل ولا يثبت في الكسب وبخلاف حق المستاجر فهو في المنفعة لا في العين ولهذا لا يسري الى
البدل فكذا الى الولد ولهذا لا يجري فيه الارث نوضحه ان الحق انما يسري الى الولد اذا كان محلا صالحا والولد
يحدث غير منتفع به فلا يكون صالحا لحق المرتهن ووزان هذا من الاجارة ان ولدت المرهونة
ولدا حرا باعتبار الغرور فالرهن لا يسري الى هذا الولد لانه ليس بمحل له وهذا هو الغرر عن ولد
المنكوحة لانها ليست بمحل للحل في حق الزوج فيتقدر بقدر الضرورة ولانه ملك ضروري ثبت
مع المنافي وهذا هو الغرر عن ولد الجارية الموصى بخدمتها لانه ليس بمحل للخدمة حال الانفصال
وحق الموصى في المنفعة والدعير متولد من المنفعة والسراية الى الولد باعتبار خروج العين
من الثلث لان حقه في العين وحق ولي الجناية ليس بمتاكد في العين فان المولى يتمكن من
ابطاله باختيار الفدا بغير رضا ولي الجناية والزكاة في الذمة لا في العين لان الواجب فعل
الايتا ثم من عليه يتمكن من الادا من محل اخر فعرفنا انه غير متاكد في العين وفي الجارية الموصى
بالخدمة الحق غير متاكد في العين ايضا ولهذا قالوا لو جنى عليها جناية لا توجب نقصانا من
منفعتها اخذ الورثة ارشها ولا حق الموصى له فيه وانما ينتقل الى القيمة اذا قلنا لو انتقصت
المنافع لان حقه في خدمة تعلقت بالرقبة فصار كما لو اوصى له بخدمة عبد مطلق والوكالة ليست
بوصف المحل ولا بحق لازم حتى لو كانت لازمة كالعدل في الرهن يسري حق البيع الى الولد وحق الكفالة عندنا

الكفالة عندنا تسري الى الولد بان كفلت امة باذن مولاها ثم ولدت فاما اذا كانت حرة فالحق
يثبت في ذمتها والولد لا يتولد وانما لا يثبت حكم الضمان في الولد لانعدام السبب الذي يجعل العين
مضمونا عليه وهو القبض مقصودا الا ترى ان ولد المبيعة قبل القبض يسري اليه حكم المبيع ولا يكون
مضمونا ان هلك ولهذا المعنى وقوله صلى الله عليه وسلم له غنمه وعليه غرمه يقتضي ان يكون الزيادة
ملك الراهن وذلك لا ينفي حق المرتهن فانه كما اضاف الزيادة اليه بقوله الرهن من راهنه الذي
رهنه ونحن نقول محلوب الراهن على معنى ان الدين يكون مملوكا له وانه ينتفع باذن المرتهن ايضا
وليس فيه ما ينفي ثبوت حق المرتهن فيه وقد قيل انه موقوف على ابي هريرة رضي الله عنه وروي عنه مثل
مذهبنا ولانه لم يبين فيه من يركب ومن يحلب ويحتمل انه كان حين كان الربا او اجر النفع بالقرض حلالا
واباح للمرتهن ان يحلبه ويركبه بسبب القرض وكان ينفق عليه بازا ذلك فلما حرم الربا ونهى النبي
صلى الله عليه وسلم عن قرض جر منفعة انتسخ وقوله الملك مطلق التصرف قلنا ملك الرقبة واليد
نعم اما ملك الرقبة بدون تلك اليد فلا كما في الاصل واذا ثبت انه صار رهنا تبعا ياخذ حكم
قسطا من الدين على اعتبار البقا الى وقت الفكاك لا على اعتبار الهلاك قبله كولد المبيعة
وقسم الدين على الام والولد على اعتبار قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم
الفكاك لان التقويم انما يكون عند وجوب سبب الضمان وسبب الضمان في حق الام بحكم
العقد فتعتبر قيمتها يومئذ وسبب الضمان في حق الولد قبض الراهن لان القبض لسببه
بالعقد ويوم قبض الراهن يوم الفكاك ولان الضمان لا بد له من سبب وذلك هو العقد
او القبض والولد لم يرد عليه العقد ولا القبض الا انه اذا بقي الى وقت الفكاك صار مقصودا لم
بالفكاك نسخ العقد والفسخ انما يرد على ما ورد عليه العقد فمن ضرورة صيرورته مقصودا
في الفسخ صيرورته مقصودا في العقد واذا صار مقصودا بالعقد يوم الفكاك تعتبر
قيمته يومئذ فلو قسم الدين على الام والولد يوم الولادة فان لم ينتقص قيمة الولد ولا ازدادت
الى ان يفتك لا ينتقض تلك القسمة لانه لم يظهر الخطا في القسمة وان انتقصت او ازدادت
تنتقض تلك القسمة وتعاد القسمة على اعتبار قيمته يوم الفكاك لانه تبين الخطا
في القسمة ولا يسقط شي من الدين بحدوث النقصان في الولد سوا كان نقصان سعر او بدن لان
هلاكه كله لا يسقط شي فبهلاك بعضه اولى اما اذا حدث النقصان في الام فان كان نقصان بدن
يسقط من الدين بقدره وان كان بتراجع السعر لا يسقط شي من الدين عندنا وعند زفر يسقط بقدره
وقاس بنقصان العين من حيث ان الضمان الثابت بالرهن من حيث المالية واعتبارها دون
العين فانه ضمان استيفا والمالية تنتقص بنقصان السعر كما تنتقص بنقصان العين بخلاف
سائر الضمانات فضمان الغصب ضمان العين ولهذا يملك العين به وكذلك ضمان البيع ونقصان
السعر لا يوثر في العين الا انا نقول بان نقصان العين يملك فيما صار مضمونا عليه بالقبض فجاز
ان يسقط بفواته ما يخصه من الدين اما نقصان السعر يكون فيما لم يصر مضمونا بالقبض لانه يكون
في القيمة وهي الدراهم والدنانير فلا يسقط به شي من الدين لان المضمون بالدين هو العين

لا القيمة وهذا لان تغير السعر لا يوثر في العين انما هو فتور في رغايب الناس فيه وذلك يختلف
باختلاف الاوقات والامكنة فلا يكون مضمونا على المرتهن توضيحه ان نقصان السعر معتبر في العقود
كالمبيع فان نقصان سعره لا يسقط شيئا من الثمن ولا يثبت الخيار للمشتري وكذلك في ضمان
المقبوض كالمغصوب فنقصان سعره في يد الغاصب لا يلزمه شيئا ولا يوجب الخيار للمالك
وضمان الرهن لابد ان يعتبر باحد هذين الضمانين وحرف اخر ان العبد الجاني اذا دفع بالجناية
قام مقام المجني عليه لحما ودما كانه هو حتى انما كان على المجني عليه ينتقل على الجاني لانه وجب قائمه
مقامه حتى يتخير الجناية وانما يتخير اذا قام مقامه لانه هو سواكانت الجناية على الام او على الولد
بخلاف ما اذا هلك الولد بنفسه لانه لم يرد عليه القبض ولا ماله شبه بالعقد حقيقة ولا حكما اما هنا
ورد عليه الفكاك حتى لو هلك الجاني قبل الفكاك وقد كانت الجناية على الولد لا يسقط شي من الدين ولو
كانت الجناية على الام تسقط وحرف اخر ان المرهون محبوس بجميع الدين سواكانت قيمته مثل
الدين او اقل او اكثر لانه مرهون به وموجبه الحبس ولهذا لو قضى جميع الدين الا درهما ليس له ان
يسترد شيا من الرهن اذا عرفنا هذا قال محمد رجل رهن رجلا جارية تساوي الف درهم بالف درهم
فولدت في يده ولدا يساوي خمسماية فقتلهما جميعا عند قيمته الف درهم خطا ودفع بهما ثم ذهبت
عين العبد فجا الراهن يفتكه قال تفتكه باربعة اسباع الدين ويسقط ثلاثة اسباعه اولا نقول
بان المرهون اذا قتل في يد المرتهن ودفع الجاني وقيمته اقل من المرهون يجبر الراهن على الفكاك
بجميع الدين عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند زفر يفتكه بمقدار قيمة المقتول ويسقط بازاد
عليها وعند محمد يجبر الراهن ان شا افتكه بجميع الدين وان شا تركه على المرتهن بدينه فزفر مر على اصله
فان العبد الاول لو كان قائما وتراجعت قيمته لنقصان السعر فانه يفتكه بقدر قيمته يوم الفكاك و
يسقط بازاد على ذلك من الدين فكذلك اذا كانت قيمة المدفوع اقل وعندنا بنقصان السعر لا يسقط شي
ولا يتخير الراهن فكذلك هنا عندهما لان القاتل قام مقام المقتول وعند محمد يتحول جميع الدين
الى الجاني الا ان للراهن الخيار لتغير العين في ضمان المرتهن فان شا رضي به وافتكه بجميع
الدين وان شا سلمه للمرتهن بدينه بخلاف ما اذا انتقص السعر لان العين لم تتغير وهو نظير المبيع
اذا انتقص سعره في يد البايع لا يتخير المشتري واذا قتل عبد فدفع به يتخير وكذا المغصوب
وهذا بخلاف ما اذا تراجع سعر الاول الى ماية وقتله حر فغرم قيمته ماية فانه يسقط
من الدين تسعماية ويأخذ المرتهن الماية قضاء عن مثلها وزفر يستدل بهذا الفصل
لكنا نقول الدراهم لا تتعين والماية لا يجوز ان يكون بمقابلتها اكثر من ماية فانه لا يتصور
استيفا جميع الدين منها بحال بخلاف العبد المدفوع فانه يجوز ان يكون بمقابلته الف درهم
شرا فكذلك حبسا بالدين ويتوهم استيفا جميع الدين من ماليته بان يزداد قيمته حتى يشترط
بالف حتى ان الحر القاتل لو غرم قيمته عشرة دنانير فانه يبقى جميع الدين
باعتباره لانه يتوهم استيفا جميع الدين منه بان تغلو الدنانير حتى تبلغ قيمته هذه الدنانير
الف درهم ولا يجوز ترك الصرف بالدين لانه جعل الرهن بالدين حرام وهو فعل الجاهلية

الجاهلية قال صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن واراد به ما قلنا
فكذا اذا قام الثاني مقام الاول بخلاف الغصب لان تمليك المغصوب من الغاصب بالضمان
جائز واذا ثبت انه يجبر على الفكاك فنقول يحتاج الى قسمتين قسمة ومعرفة ما بقي مما ذهب
وقسمة الافتكاك اما الاولى فنقول المرهونة لما ولدت ولدا يساوي خمسماية انقسم الدين عليهما
اثلاثا بقدر قيمتهما ظاهرا حصة الام ثلثاه وحصة الولد ثلثه لان قيمة الام على تقدير
بقا الولد كذلك الى يوم الفكاك فلما قتلهما عبد ودفع بهما فانما دفع العبد بالف وخمسماية
لانه دفع بازا الام والولد وقيمتهما الف وخمسماية فقسم العبد المدفوع عليهما باعتبار قيمتهما يوم
الدفع اثلاثا لان يوم الدفع يقوم المدفوع مقام الام والولد حقا ثلثا العبد مقام الام
وقيمته ستماية وستة وستون وثلثان وثلثه مقام الولد وقيمته ثلثماية وثلاثة وثلاثون
وثلث فلا يسقط شي من جميع الدين عند علمائنا الثلاثة وعند زفر يسقط بنا على ان
قيمة ثلثي العبد اقل من قيمة ثلثي العبد اقل من قيمة الجارية فصار كما لو كانت الجارية قائمة وتراجع
سعرها فاذا ذهبت عين العبد فقد ذهب نصف ما قام مقام الام لان العين من الادمي نصفه
بخلاف ما اذا ذهبت عين الدابة عن المرتهن وقيمتها مثل الدين حيث يسقط ربع الدين
لحديث زيد ابن ثابت رضي الله عنه قال في عين الدابة ربع قيمتها يعني اذا فقيت وهذا لان
الانتفاع بالدابة من حيث الحمل والركوب وذلك ثمنها وانما يتادى ذلك بان تمشي بقوايمها و
تبصر بعينها فيتوزع بدلها على ذلك حصة العينين من ذلك النصف فبفوات احديهما يذهب
الربع اما البصر في الادمي مقصود بنفسه والبطش كذلك والمشي كذلك فيجعل كل جنس بمنزلة
النفس فبذهاب احدى العينين يجعل نصف النفس كالفايت حكما فذهب بذهابه نصف
ما في الدم من الدين لان الجارية لو كانت قائمة وذهب عينها ذهب نصف ما فيها من الدين فكذا
فكذا اذا ذهب نصف بدلها وذهب نصف ما قام مقام الولد ايضا الا انه لا يذهب شي من
الدين فكذا اذا ذهب عين بدله واذا ذهب نصف بدل الولد وهو نصف ثلاثة بقي
نصفه وهو نصف ثلث العبد وقيمته ماية وستة وستون وثلثان ظهر انا اخطانا في
القسمة الاولى فانا قسمنا الدين اثلاثا على تقدير قيمة الولد الى يوم الفكاك كذلك ولم يبق
فوجب اعادة القسمة على قدر قيمة الام يوم العقد والقبض وعلى قدر ما بقي من
قيمة الولد يوم الفكاك وذلك ماية وستة وستون وثلثان وتسمى هذه القسمة
حقيقية والاولى مجازية فاجعل هذا القدر وهو ماية وستة وستون وثلثان وهو
سدس الالف سهما واذا صار سدس الالف سهما صارت الجارية وقيمتها الف
ستة اسهم فتكون الجملة سبعة اسهم فيقسم الدين على سبعة اسهم ستة في الام
وسهم في الولد وقد ذهب من بدل الام القايم مقامها نصفه فذهب من الدين
الذي بازا الام نصفه وذلك ثلاثة اسهم وبقي نصفه وذلك ثلثة وبقي سهم بازا بدل
الولد فجملته اربعة اسهم من سبعة اسهم فلهذا قال يفتكها باربعة اسباع الدين ويسقط ثلاثة

اسباعه فحاصل ما يودي الراهن خمسماية واحد وسبعون وثلثة اسباع درهم ويسقط عنه
اربعماية وثمانية وعشرون واربعة اسباع درهم لانا اذا قسمنا الالف على سبعة كان الخارج ماية واثنان
واربعون وستة اسباع درهم فاربع مرات ماية واثنان واربعون وستة اسباع خمسماية
واحد وسبعون وثلاثة اسباع درهم وثلث مرات ماية واثنان واربعون وستة
اسباع ماية وثمانية وعشرون واربعة اسباع درهم واذا رهن عند رجل جارية تساوي
الفا بالف درهم فولدت ولدا قيمته الف فقتلت الام جارية قيمتها ماية فدفعت بها فالرهن على
حاله ولا يسقط شي من الدين عندنا وعند زفر يسقط تسعة اعشار ما فيها من الدين وهو
تسعة اعشار نصف الدين وذلك اربع ماية وخمسون اذا بقي قيمة الولد الى وقت الفكاك
لان القاتلة قائمة مقام المقتولة لحما ودما فصار كان الاولى قايمة وتراجع سعرها الى ماية فكان
على هذا الخلاف فان ولدت القاتلة ولدا يساوي الفا ثم اعورت الام ذهب من الدين جزء من اربعة
واربعين جزءا ويفتكه الراهن بثلاثة واربعين جزءا من اربعة واربعين جزءا من الدين ووجه ذلك
وهو ان المقتولة لما ولدت ولدا يساوي الفا انقسم ما فيها من الدين عليهما نصفين لاستواء قيمتها
على تقدير بقاء قيمة الولد كذلك الى يوم الفكاك وقد بقي فبقي في المرهون نصف الدين وذلك خمسماية
فاذا قتلتها جارية تساوي ماية ودفعت بها قامت مقامها كانها هي لحما ودما في المقتولة من الدين
الى القاتلة فاذا ولدت ولدا يساوي الفا انقسم ما في المدفوعة من الدين وذلك خمسماية على احد عشر جزءا
لما ذكرنا ان المعتبر في الانقسام قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد الحال على اعتبار بقاء قيمة الولد
الى وقت الفكاك كذلك وقد بقيت وقيمة القاتلة يوم الدفع ماية وقيمة ولدها الحال الى يوم
الفكاك الف فيجعل اقل المالين وذلك ماية سهما فصار الالف عشرة اسهم والكل احد عشر سهما
فيقسم ما فيها من الدين وذلك خمسماية على احد عشر سهما فصار بازاء المدفوعة سهم وبازاء ولدها
عشرة اسهم فصار هذا النصف على احد عشر سهما واذا صار هذا النصف على احد عشر سهما صار النصف الذي
في ولد المقتولة على احد عشر سهما فتكون الجملة اثنان وعشرين من ذلك بازاء القاتلة فاذا اعورت
ذهب نصف باقيها وذلك نصف سهم انكسر بالانصاف فضعفنا فيصير الجملة اربعة
واربعين اثنان وعشرون بازاء ولد المقتولة وعشرين بازاء ولد القاتلة وسهمان بازاء القاتلة
ذهب باعورارها نصف باقيها فذلك سهم يبقى فيها سهم يضم ذلك الى ما في
ولدها وولد المقتولة فذلك اربعة واربعون فلهذا قال يفتك العور او ولدها وولد
المقتولة بثلاثة واربعون سهما من اربعة واربعين سهما من جميع الدين فان قيل وجب
ان يقسم نصف الدين الذي بازاء القاتلة بينها وبين ولدها نصفين لانها قامت المقتولة لحما
ودما صار كانها قائمة ولو كانت قائمة وتراجع سعرها قسم ما بازاءها من الدين بينهما
وبين ولدها نصفين كذلك هنا قيل له نعم قامت مقامها الا انها انما دخلت في ضمان
المرتهن يوم الدفع لانه لم يوجد قبل ذلك في حق المدفوعة سبب الضمان من المرتهن لا عقد
ولا قبض وقد ذكرنا انه انما يعتبر قيمة كل واحد يوم وجد سبب الضمان فيه وروي عن ابي يوسف في

الامالي انه يفتك العور او الولدين بخمسة اسداس الدين لان القاتلة لما قامت مقام المقتولة صار
كان المقتولة قائمة وتراجع سعرها الى ماية وولدت يساوي كل واحد منهما الفا فانقسم الدين
عليهم اثلاثا فاذا اعورت سقط نصف ما فيها وهو السدس ويبقى خمسة اسداس الدين فيفتكهم بذلك
الا ان الصحيح ما ذكر في الكتاب لانه لا يمكن قسمة الدين على القاتلة وقيمتها الف لما ذكرنا ان
المعتبر قيمتها يوم دخلت في ضمانه وقيمتها يوم دخلت في ضمانه ماية فحاصل ما يودي الراهن
الى المرتهن تسعماية وسبعة وسبعون درهما واثني عشر سهما من اربعة واربعين من درهم وهو ربع
درهم من اربعة واربعين درهم ويسقط عنه اثنان وعشرون درهما واثنان وثلاثون سهما من
اربعة واربعين جزءا من درهم وذلك ثلاثة ارباع درهم الاجزاء من اربعة واربعين جزءا من درهم
لان الخارج من قسمة الف على اربعة واربعين اثنان وعشرون درهما واثنان وثلاثون سهما من اربعة
واربعين من درهم فيسقط هذا ويودي الباقي فان لم يذهب عين القاتلة لكن جا عبد قيمته الف وقتل
هؤلاء الثلاثة خطأ ودفع بهم لا يذهب من الدين شي عندنا لان المدفوع قام مقامهم ولم يسقط من بدلهم
شي فصار كان الكل قائم وتراجع سعرهم فان اعور العبد ثم جا الراهن يفتكهم قسم الدين على سبعة وعشرين
فما اصاب خمسة اسهم ادى الراهن وهي حصة ما دفع بالولد الاول من العبد وما اصاب احد وعشرين
يقسم على سبعة اسهم وعشر سهم فما اصاب خمسة اسهم ادى الراهن الى المرتهن وهو حصة المدفوعة
بالام وهي القاتلة الاولى بطل نصفه وادى نصفه ووجه ذلك ان العبد مدفوع بالفين وماية
درهم لانه مدفوع بها ولاء الثلاث وقيمتهم الفان وماية فصار كان الكل قائم وتراجع سعرهم الى الف
فالولد الاول قيمته الف والولد الثاني قيمته الف وقيمة الام ماية فذلك احد وعشرون لانا جعلنا
اقل الاموال وذلك ماية سهم فصار العبد المدفوع على احد وعشرين سهما عشرة اسهم قائم مقام
ولد المقتولة الاولى وعشرة اسهم قائم مقام ولد القاتلة وسهم قائم مقام القاتلة فاذا ذهب من
كل شي قام مقامه نصفه فبقي خمسة قائما مقام الولد الاول وخمسة قائما مقام الولد الثاني ونصف
سهم قائما مقام الام الا انه لا ينهب بذهاب بدل الولد من شي من الدين لما قلنا فظهر قيمة الولدين
وحكمهما فلا يظهر قيمة الام وحكمها لانها قائمة مقام الاصلية فذهب من الدين حصتها وانما
تعرف حصتها في قسمة الفكاك وهذه القسمة لمعرفة قيمة الولدين فلما ظهر ان قيمة كل ولد خمسة
ظهر انا اخطانا في القسمة الاولى لانا قسمنا الدين بين المقتولة الاولى بين ولدها وبين
المدفوعة وبين ولدها على تقدير بقاء قيمة الولدين كذلك الى وقت الفكاك ولم يبق فيجب اعادة
القسمة على قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك وقيمة الولد يوم الفكاك خمسة
من احد وعشرين لان كل الف احد وعشرين لما صار اجزاء المدفوع وقيمته الف على احد وعشرين
وقيمة الام يوم العقد الف فيجعل احد وعشرين فصار ستة وعشرين فيقسم الدين من الابتداء
بين المقتولة الاولى وولدها على ستة وعشرين سهما خمسة في الولد وعشرون في الام فظهر ان
حصة المقتولة الاولى احد وعشرون سهما من ستة وعشرين سهما من جميع الدين فلما قتلتها
جارية تساوي ماية ودفعت بها تحول ما فيها من الدين الى القاتلة وذلك احد وعشرون فعشرة

سهمان وعشر سهم فتبين ان قيمتها سهمان وعشر سهم من احد وعشرين لان المقتولة الاولى قيمتها يوم العقد الف وقد صارت تلك القسمة على احد وعشرين جزا فتكون ماية من ذلك سهمين وعشر سهم فانقسم ما بقي من الدين وعلى حصة المقتولة وذلك احد وعشرون من ستة وعشرين على قيمة القاتلة يوم رفعت وعلى ما بقي من بدل ولدها يوم الفكاك وذلك خمسة فتصير سبعة اسهم وعشر سهم سهمان وعشر من ذلك بازا القاتلة وخمسة اسهم من ذلك بازا ولدها يودي الراهن هذه الخمسة واذا ذهبت عين العبد ذهب نصف بازايها من الدين وهو سهم ونصف عشر سهم ويبقى سهم عشر سهم بازا بدل المقاتلة فلهذا يفتك الاعور خمسة اسهم من ستة وعشرين سهما تقدير ما هو قايم ولد المقتولة الاولى وبستة اسهم ونصف عشر من احد وعشرين سهما مما تحول الى القاتلة وولدها ان لو قسم على سبعة اسهم وعشر سهم ويسقط سهم ونصف عشر سهم من احد وعشرين التي قسمت على سبعة وعشر فحاصل ما يودي الراهن الى المرتهن حصة الولد الاول وذلك خمسة اسهم من ستة وعشرين من جميع الدين وذلك ماية واثنان وتسعون درهما وثمانية اجزا من ستة وعشرين جزا من درهم لان الخارج من قسمة الالف على ستة وعشرين ثمانية وثلاثون درهما واثني عشر جزا من ستة وعشرين جزا من درهم لان وعشرين مرة ثمانية وثلاثون عشر جزا من ستة وعشرين ما ذكرنا يقسم هذا على سبعة عشر وعشر والخارج من اثنين وثمانية وثلاثة اعشار على سبعة وعشر لكل واحد ماية وثلاثة عشر وللعشر وثلاثة اعشار يبقى معنا اربعة وسبعة اعشار وثمانية عشر جزا من ستة وعشرين جنسنا فتكون الاربعة ماية واربعة ضم اليه ثمانية عشر فتصير ماية واثنين وعشرين وعشر ستة وعشرين سهما وثلاثة اخماس فنسبع مرات سهمان وثلاثة اخماس ثمانية عشر وخمس فتصير جملته ماية واربعين وخمسا على سبعة وعشر فالخارج لكل سهم عشرون عشر ربع سهم وللعشر سهم ونصف وخمسا سهم وغير خمس سهم بالتقريب فنسبع مرات عشرون غير ربع سهم ماية وثمانية وثلاثون وربع سهم وشي وللعشر سهم وثلاثة ارباع وخمس سهم وغير خمس سهم فجملة ما يخص ولد القاتلة مرة خمسة اسهم كل سهم ماية وثلاثة عشر فيكون خمسماية وستين ومرة خمس مرات عشرون ناقصا بربع سهم فذلك ثمانية وسبعون وثلاثة ارباع سهم والسهم الصحيح ستة وعشرون فثمانية وسبعون ثلاثة فتصير الجملة خمسماية وثمانية وستين درهما يبقى عشرون جزا وثلاثة ارباع جزء من ستة وعشرين وهو ثلاثة ارباع درهم وجزء وربع جزا وقد اصاب الام مرة سهمان كل سهم ماية وثلاثة عشر فذلك مايتان وستة وعشرون وحصة الواحد عشر وثلاثة اعشار فتصير مايتان وسبعة وثلاثون وثلاثة اعشار ومرة حصة السهمين تسعة وثلاثون ونصف لان الخارج عشرون ربع سهم وثلاثة اعشار ستة وعشرين سبعة اسهم واربعين سهم ونصف خمس سهم فستة وعشرون سهم فتصير مايتين وثمانية وثلاثين درهما واحد وعشرين جزا وخمس سهم ونصف خمس سهم ضم اليه حصة العشر وذلك سهم ونصف وخمس سهم وشي فتصير ثلاثة وعشرين وخمسا وشيا وذلك ثلاثة ارباع درهم وثلاثة اجزا ونصف جزء وخمس جزء وشي من ستة وعشرين جزا من درهم يسقط نصفه وذلك ماية وتسعة عشر درهما وثلاثة اثمان درهم وجزء وثلاثة ارباع

ارباع جزء ونصف خمس جزء وشي ويودي مثله فجملة ما يلزمه بمقابلة الولد الاول ماية واثنان وتسعون درهما وثمانية اجزا من ستة وعشرين جزا من درهم وبمقابلة الولد الثاني خمسماية وثمانية وستون درهما وثلاثة ارباع درهما وجزء وربع جزء من ستة وعشرين وبمقابلة الام ماية وتسعة عشر درهما وثلاثة ارباع جزء ونصف خمس جزء وشي من ستة وعشرين جزا من درهم فكان جميع ذلك ثمانماية وثمانين وثلاثة اثمان درهم واربعة اجزا ونصف جزء ونصف خمس جزء وشي من ستة وعشرين جزا من درهم رجل رهن عند رجل جارية قيمتها الف بالف درهم فقطعت جارية يدها ودفعت بها وقيمة القاطعة خمسماية درهم ثم ولدت كل واحد ولدا يساوي خمسماية فقتلهم عبد قيمته الف ودفع بهم فذهبت عينه ثم جا الراهن يفتكه قال يفتكه بسبعة وعشرين جزا من خمسة واربعين جزا من الدين ووجه ذلك ان القاطعة لما دفعت بيدها انقسم ما في المقطوعة من الدين وذلك الف بينهما نصفين قلت قيمة القاطعة او كثرت لانها قايمة مقام يد المقطوعة وكان في يد المقطوعة نصف الدين لان اليد من الادمي نصفه فتحول النصف الى القاطعة ولا يسقط شي من الدين فصار في كل واحدة منهما خمسماية فاذا ولدت كل واحدة ولدا يساوي خمسماية انقسم في كل واحدة منهما من الدين بينها وبين ولدها نصفين على تقدير بقا قيمة الولد كذلك الى وقت الفكاك فصار في كل واحد منهم ربع الدين وذلك مايتان وخمسون فلما قتلهم جميعا عبد قيمته الف درهم ودفع بهم قام مقامهم وصار كل ربع من العبد قايما مقام واحد منهم لاستوا قيمتهم فانقسم العبد المدفوع عليهم ارباعا كل ربع مايتان وخمسون ولا يسقط شي من الدين لان كل ربع من العبد قام مقام واحد منهم لحما ودما ولم ينتقص من بدن العبد شي فصار كان الاربعة كلهم احيا ولم ينتقص منهم شي وانما تراجع سعرهم الى الف ولو كان كذلك لا يسقط شي من الدين وكان يجب على الراهن ان يفتك العبد بجميع الدين الا انه لما ذهب عينه فقد ذهب من بدل كل واحد منهم نصفه الا انه لا يسقط بذهاب بدل الولدين شي من الدين وسقط بذهاب نصف بدل الجاريتين نصف ما زا كل واحدة من الدين فاذا ذهب نصف بدل الولدين من كل واحد منهما ماية وخمسة وعشرون يوم الفكاك ظهر انا اخطانا في القسمة استانفا القسمة فنقول نقسم جميع الدين اولا على قيمة المقطوعة يدها يوم العقد والقبض وذلك الف درهم وعلى قيمة بدل ولدها يوم الفكاك وذلك ماية وخمسة وعشرون لان الولد الحاصل بعد القطع كالولد الحاصل قبله لما ذكر فنجعل اقل المالين وذلك ماية وخمسة وعشرون سهما فصار قيمة الجارية ثمانية اسهم لان الالف ثمان مرات ماية وخمسة وعشرون فيصير الكل تسعة فيقسم الالف الدين على تسعة سهم بازا الولد وذلك ماية واحد عشر وتسع وثمانية اسهم بازا الجارية وذلك ثمان مائة وثمانية وثمانون وثمانية اتساع منهم وذلك ثمانية اتساع الدين ثم يحول نصفها فيها الى القاطعة وهو اربعة اتساع الدين وذلك اربعماية واربعة واربعون واربعة اتساع ثم نقسم اربعة اتساع الدين التي في القاطعة عليها وعلى ولدها على اعتبار قيمتها يوم الدفع بالجناية وعلى اعتبار قيمة ولدها يوم الفكاك وقيمتها يوم الدفع خمسماية وقيمة ولدها يوم الفكاك وخمسة وعشرون فجعلنا اقل المالين وذلك

ماية وخمسة وعشرون سهما فتصير قيمة القاطعة اربعة اسهم والكل خمسة اسهم فنقسم اربعة اتساع الدين على خمسة وقسمة اربعة على خمسة لا يستقيم فاضرب مخرج الكسر وذلك خمسة في اصل الفريضة وذلك تسعة لانا قسمنا الدين بين المقطوعة وبين ولدها على تسعة فتصير خمسة واربعين ثم نعود الى اول القسمة قسمنا جميع الدين على المقطوعة وعلى بدل ولدها يوم الفكاك سهم بازا الولد مضروبا في خمسة فصار خمسة وصار بازا المقطوعة ثمانية ضربناها في خمسة فصار اربعين ثم نحول نصف الاربعين الى القاطعة وذلك عشرون ثم يقسم ذلك بينها وبين ولدها على خمسة وخمسة وذلك اربعة في بدل الولد واربعة اخماس وذلك ستة عشر في الام فاذا اعور العبد ذهب من بدل كل واحدة من الجاريتين نصفه فيسقط نصفها في كل واحدة منهما من الدين وكان في بدل المقطوعة يدها عشرون من خمسة واربعين فسقط نصفه وذلك عشرة وكان في يد القاطعة ستة عشر فسقط نصفه وهو ثمانية فكان الساقط من الدين ثمانية عشر والباقي سبعة وعشرون هذا معنى ما قال في الكتاب انه افتك سبعة وعشرين من خمسة واربعين من الدين قال في الكتاب وذلك تسعان ونصف اربعة اخماس اربعة اتساع الدين وتسعان عشرة لان تسع خمسة واربعين خمسة واربعة الاتساع عشرون واربعة اخماسه ستة عشر فنصفه ثمانية او نقول ذلك خمسا الدين كل خمس تسعة فحاصل ما يودي الراهن الى المرتهن ستماية ويسقط عنه اربعماية واذا جارية بيضا احد العينين قيمتها الف بالف درهم فابيضت عينها الصحيح وتراجعت قيمتها لاجل البياض الى ماتين يسقط اربعة اخماس الدين لانه هلك اربعة اخماس الجارية فسقط اربعة اخماس الدين قدر محمد النقصان الحاصل بالعمى باربعة اخماس قيمتها ليسهل ياخذ الحساب لا لان ذلك تقدير لازم لنقصان العمى بخلاف الجارية المبيعة اذا ذهبت عينها قبل القبض حيث لا يسقط شي من الثمن لان ذلك ضمان للعقد وانه يرد على الذات دون الاوصاف اما هذا ضمان القبض كالغصب وانه يرد على الاطراف فان قيل وجب ان يسقط جميع الدين لانها لو كانت صحيحة العينين ثم ذهبا احدى عينيها اسقط نصف الدين فاذا عمي وجب ان يسقط جميع الدين ولا يعتبر النقصان كما لم يعتبر ثمة خصوصا على قول ابي حنيفة فانه لا يعتبر النقصان في العمى حين قال فيمن فقا عيني عبد كان للمولى الخيار ان شا دفع الجثة الى الفاقي واخذ منه جميع القيمة وان شا امسك فلا يضمن شيا من النقصان او يسقط النصف كما في تلك المسالة قيل كذا من مشايخنا من قال المذكور في الكتاب قولهما لانهما يعتبران النقصان في العمى والصحيح ان هذا قول الكل فانه لم يحك خلافا فكان قولهم ظاهرا وانما كان كذلك لانه تعذر القول باسقاط نصف الدين الذي فيها وان فاتت عين واحدة منها لانها عميت بذهاب هذه العين وصارت هالكة معنى وبذهاب العين الاولى لا كان النقصان الحاصل بهذا اكثر بخلاف ما اذا كانت العين الاولى قائمة وذهبتا احديهما لانه امكن اعتبار المناصفة لانها لا تصير هالكة معنى والعين من الادمي نصفه اما هنا تعذر اعتبار المناصفة وتعذر القول باسقاط جميع الدين وان صارت هالكة حكما لانا لو اعتبرنا ذلك

وذلك لم يبق الجثة قيمة اصلا وهذا ضمان المال وللجثة قيمة ويقابلها شي من الدين ومع تقابض لم الراهن ما لا متقوما يتعذر القول بذهاب كل الدين فلهذا اعتبرنا النقصان وقال يذهب اربعة اخماس الدين اذا نقص العمى من قيمتها قدر اربعة اخماس قيمتها فان انجلى البياض عن العين التي كانت في الاصل بيضا وصارت تساوي الفا لم يعد شي مما سقط من الدين لان هذه زيادة متصلة حدثت بعد عقد الرهن ولم يقصد بالعقد والقبض فلا يعتد بها ما لم تصر منفصلة بالتناول لا عبرة بها في المعاوضات ولانها ان لم تبق الى وقت الفكاك لا يعتد بها لان المنفصلة اذا لم تبق الى وقت الفكاك لا يعتد بها فالمتصلة اولى وان بقيت الى وقت الفكاك وقبض الراهن فكذلك بخلاف المنفصلة والفرق ان في المنفصلة وجد من الراهن القبض الذي له شبه بالعقد فانه يثبت للمرتهن بالقبض ملك الحبس ان لم يثبت ملك الرقبة ويثبت للراهن بالفكاك ملك اليد ان لم يثبت ملك الرقبة فكان لهذا القبض شبه بالعقد فاما المتصلة صارت مقبوضة بقبض الاصل تبعا فلا تصير مضمونة بالدين كالزيادة المتصلة في البيع مع المنفصلة فان ضرب رجل هذه العين التي انجلت وعاد بياضها غرم ما نقصها وهو ثمانماية درهم وافتك الراهن الجارية والارش بخمسة اتساع جميع الدين وذلك خمسماية وخمسة وخمسون وخمسة اتساع لان ما صارت قيمتها الفا وبالجناية صارت قيمتها ماتين درهم فغرم الضارب ما نقصها في ماله لان هذه جناية على الرقيق فيما دون النفس فيكون في مال الجاني ولا تحملها العاقلة وصار الارش رهنا معها لانها صارت منفصلة بمنزلة ولد ولدته فاعتبرت في انقسام الدين بخلاف ما قبل الضرب لانها متصلة فلا تعتبر في الانقسام لان الزيادة انما تعتبر في انقسام الضمان اذا كان لها احتمال صيرورتها اصلا لورود سبب الضمان عليها وهذا انما يكون في المنفصلة لا في المتصلة ومتى صارت معتبرة في انقسام الدين يقسم كل الدين على الجارية والارش يعتبر قيمة الجارية يوم القبض بحكم القدر وذلك الف وعلى مقدار الارش الحال على اعتبار البقا كذلك الى وقت الفكاك وذلك ثمانماية وقد بقي فانقسم الدين على تسعة لانا جعلنا التفاوت بين العددين وذلك ماتان سهما فصار خمسة اتساع الدين وذلك خمسماية وخمسة وخمسون وخمسة اتساع حصة الجارية واربعة اتساع درهم حصة الارش فاذا عميت الجارية بعد ذلك بان ذهبت العين التي كانت صحيحة يوم الرهن فالعمى اوجب نقصان ثمانماية فقد ذهب منها اربعة اخماسها فيذهب اربعة الاخماس لبقاية كذلك الى يوم الفكاك فكان الساقط اربعة اتساع الدين والباقي خمسة اتساعه هذا معنى ما قال محمد رحمه الله في الكتاب ان الراهن يفتكها والارش بخمسة اتساع جميع الدين فقد جعل محمد ما حدث من الزيادة بارتفاع البياض بعد العمى وبالولد بعد القطع في المسالة المتقدمة كالحادث قبل العمى وقبل القطع حتى قسم جميع الدين على الجارية والارش والولد وان حدثت الزيادة بعد العمى والقطع حقيقة لان هذه زيادة حكمية والزيادة الحكمية في العقود تعتبر بالزيادة القصدية والزيادة القصدية متى صحت تستند الى وقت العقد وتصير كالموجود لدى العقد كما في البيع فكذا الزيادة الحكمية فيظهر ان الزيادة حصلت قبل العمى من حيث الحكم فلهذا قسم جميع الدين

على الجارية وعلى الارش والولد قبل العمى الا ان بين الزيادة القصدية والحكمية فرقا بين وجه وهو ان زيادة القصدية
لا يعود شي مما سقط من الدين قبل الزيادة ويكون زيادة على ما بقي من الدين وبالزيادة الحكمية يعود نقص
ما سقط من الدين قبل الزيادة والفرق ان الولد ليس برهن قصدا لانه لم يرد عليه العقد وانما جعل رهنا
تبعا فكان رهنا تبعا للعقد الوارد على الام والعقد الوارد على الام كان رهنا بجميع الدين وكان
سابقا على سقوط شي منه فلهذا يقسم كل الدين عليه وعلى الام اما الزيادة القصدية صارت رهنا
بتراضيهما قصدا فجعل رهنا بالدين القايم وقت الزيادة لا بجميع الدين لان الرهن شرع للحبس
بالدين والاستيثاق وذلك انما يحتاج اليه في الدين القائم لا في الساقط فلا يعود بسبب الزيادة
شي من الدين الساقط ثم فرق بين الرهن والبيع فقال في الرهن يقسم جميع الدين بين الام
والولد والارش وقال في البيع يقسم ما بقي من الثمن بينها وبين ولدها حتى ان البايع اذا فقا عين
الجارية المبيعة قبل التسليم حتى سقط نصف الثمن ثم ولدت ولدا يقسم نصف الثمن بينها
وبين ولدها ولا يجعل الولد بعد الاعورار كالولد قبله والفرق ان عقد الرهن لا يبطل ولا ينفسخ
بهلاك الرهن بل يتاكد لانه شرع للاستيفا وبالهلاك يتقرر الاستيفا ويتقرر حكم العقد
فكان العقد لا يبطل والمتاكد قائم فاذا ولدت ولدا حال قيام العقد ثبت فيه حكم الرهن تبعا
وصار رهنا تبعا للام كانه حصل قبل الاعورار فاستقامت قسمة الكل على الام والولد بخلاف المبيعة لان
هلاك المبيع يوجب انفساخ البيع فاذا هلك بالاعورار نصفه انفسخ البيع فيما هلك وسقط نصف
الثمن والمنفسخ لا يعود فلا تستقيم قسمة الساقط بحدوث الولد لا يقسم كل الدين بل يقسم ما بقي الا ترى ان العبد
المبيع اذا ابق قبل القبض وقضى القاضي بسقوط الثمن ثم عاد من الاباق لا يعود البيع والعبد المرهون اذا ابق
وقضى القاضي بسقوط الدين ثم عاد من الاباق يعود الدين والرهن وكذا الشاة المبيعة اذا ماتت قبل
القبض سقط الثمن فان دفع المشتري جلدها لا يعود شي من الثمن والشاة المرهونة اذا ماتت
ثم دبغ المرتهن جلدها عاد الدين بقدره والعصير المبيع اذا تخمر قبل القبض سقط الثمن فان تخلل بعد
ذلك لا يعود البيع والعصير المرهون اذا تخمر ثم تخلل عاد الدين ولو كان الذي ضرب عينها فعاد بياضها
عبد قيمته الف ودفع به كان بمنزلة ولد ولدته يساوي الفا فيفتكهما الراهن بثلاثة اخماس الدين
لان الزيادة المتصلة بالتناول صارت منفصلة بمنزلة الولد فيقسم جميع الدين على الجارية
باعتبار قيمتها يوم العقد وذلك الف درهم وعلى العبد المدفوع باعتبار قيمته يوم الدفع وذلك
الف ايضا فيقسم الدين بينهما نصفين فلو عميت الجارية وصارت قيمتها مايتين ذهب من
قيمتها ثمانماية وهو اربعة اخماس قيمتها فيذهب اربعة اخماس ما فيها من الدين ويبقى خمس
ما فيها وهو خمس نصف الدين واقل حساب له نصف ولنصفه خمس عشرة فخمس نصفها سهم وفي العبد
نصف الدين وذلك خمسة فيكون ستة وستة من عشرة ثلاثة اخماس هذا معنى ما قال في الكتاب
يفتكهما الراهن بثلاثة اخماس الدين هذا اذا حدثت الزيادة المنفصلة بعد فوات العين التي كانت
صحيحة بان انجلى البياض عما كانت بيضا في الاصل بعد ما عميت وان حدثت الزيادة قبل فوات العين
التي كانت صحيحة فكذلك الجواب بيانه قال في الكتاب رجل رهن جارية قيمتها الف وهي بيضا

بيضا احدى العينين فذهب البياض وبلغت قيمتها الفين ثم ابيضت التي كانت صحيحة ورجعت القيمة
الى الالف ينظر الى ما كان ينقصه البياض في العين الاخرى لو كانت العين البيضا على حالها لم تنجل
فان كان ينقصها اربعة اخماس القيمة بطل اربعة اخماس الدين لان الزيادة المتصلة بعد عقد الرهن لا عبرة
بها فكان وجودها وعدمها بمنزلة كان البياض لم ينجل ولو لم ينجل البياض على العين التي كانت بيضا
والعمى ينقص على اربعة اخماس قيمتها يذهب اربعة اخماس الدين فكذا هنا فان ضرب انسان تلك العين
التي انجلى بياضها فعاد البياض على حالها يقسم الدين عليها وعلى الارش على تقدير بقا الارش الى يوم
الفكاك كذلك ثم يسقط من الدين بقدر ما فات بذهاب العين كما لو كان بذهاب الارش ولدا ولو
رهن جارية قيمتها الف بالف درهم فولدت ولدا يساوي الفا فجاءت جارية تساوي ماية وقتلت
الام ودفعت بها ثم ولدت المدفوعة ولدا يساوي الفا ثم جاءت جارية تساوي الفا وقتلت
الجميع الولدين والقاتلة ودفعت بهم ثم ولدت ولدا يساوي الفا ثم ماتت القاتلة الاخرى وبقي
ولدها ثم جا الراهن يفتكه قال الالف الدين تقسم على احد وثلثين سهما فما اصاب عشرة اسهم فهو
حصة الولد الاول من الولد الحي يوديه الراهن الى المرتهن وما اصاب احد وعشرين يقسم على اثني عشر
سهما وعشر سهم فما اصاب عشرة فهو حصة الولد الثاني من الولد الحي يوديه الراهن ايضا وما اصاب
سهمين وعشرا بطل نصفه عن الراهن ويودي النصف الاخر ووجه ذلك ان الجارية الاولى لما ولدت ولدا
يساوي الفا يقسم جميع الدين وذلك الف على قيمة الجارية يوم العقد والقبض وذلك الف وعلى قيمة
ولدها للحال باعتبار الظاهر على اعتبار بقا القيمة كذلك وقت الفكاك وذلك الف ايضا فانقسم
الدين عليهما نصفين خمسماية في الام وخمسماية في الولد فلما قتلت الام جارية تساوي ماية
ودفعت بها تحول ما فيها من الدين الى القاتلة ولا يسقط شي من نصف الدين الذي كان في
المقتولة كانها قائمة وتراجع سعرها على ما ذكرنا فاذا ولدت القاتلة ولدا تساوي الفا انقسم ما
كان في القاتلة من نصف الدين عليها وعلى ولدها باعتبار قيمتها يوم الدفع وقيمة ولدها للحال
بطريق الظاهر على تقدير البقا الى وقت الفكاك كذلك وقيمة الام يوم الدفع ماية وقيمة ولدها
للحال الف فجعل الالف عشرة اسهم فصار بازا الدين من نصف الدين عشرة اسهم
وبازا الام سهم واذا صار نصف الدين الذي في القاتلة وولدها على احد عشر
سهما صار النصف الاخر الذي في ولد المرهونة احد عشر سهما ايضا فصار كل الدين اثنين
وعشرين سهما فاذا جاءت جارية قيمتها الف وقتلت الولدين والقاتلة الاولى و
دفعت بالكل قامت مقام الثلاث وقيمة الثلاثة الفان وماية فجعلنا اقل الاموال
وذلك ماية سهم فصارت قيمتهن احد وعشرين سهما فصارت القاتلة الثانية وقيمتها احد
وعشرون سهما قائمة مقام الثلاثة كان الكل قائم ويراجع سعرهن فيكون عشرة منها بدل
ولد الجارية القاتلة وسهم منها بدل الجارية القاتلة الاولى فاذا ولدت القاتلة الاخيرة ولدا يساوي
الفا يجعل هذا الولد على احد وعشرين سهما كالام لان قيمة الام وقيمته سوا وانه زيادة حدثت
من بدل قام مقام الكل فيفرع من كل جزء جزء وكان بدل للجارية المرهونة مع القاتلة الاخيرة عشرة

اجزايها وقد تفرع منها عشرة اجزا من ولدها فصار بدل ولد الجارية المرهونة عشرين جزا عشرة
من اجزا الام وعشرة من اجزا ولدها وكذا بدل الجارية القاتلة الاولى وبدل القاتلة الاولى من اجزا القاتلة
الاخيرة كان جزا واحدا من احد وعشرين جزا وقد تفرع منها جزا من ولدها فصار بدل القاتلة الاولى
جزو من القاتلة الاخرة وجزو من ولدها ولولم تمت القاتلة الاخيرة وحال الرهن يفتكها وولدها بجميع
الدين لانه لم يذهب من البدل القائم مقام الاشخاص الثلاثة شيا انما انتقضت القيمة وذلك لا يوجب
سقوط شي من الدين عندنا خلافا لزفر فاذا ماتت القاتلة الاخيرة بعد ذلك فقد ذهب بموتها نصف
بدل الاشخاص الثلاثة لان بدل الاشخاص الثلاثة الام والولد وقيمتها سواوهما في هذا القدر مضمونة
مقصودة لقيامها مقام الاصل فاذا ذهب نصف بدل كل واحد منهم وقد كان بدل الجارية المرهونة
عشرين جزا ذهب نصفها عشرة وبقي نصفها عشرة وكذا بدل القاتلة الاولى وكان بدل القاتلة الاولى
جزين ذهب النصف وهو جزو وبقي النصف وهو جزو الا ان بذهاب نصف بدل الولدين لا يذهب شي
من الدين لما ذكرنا وبذهاب نصف بدل القاتلة الاولى ذهب نصف ما فيها من الدين فاذا ذهب نصف
بدل الولدين تبين انا اخطانا في القسمة الاولى لانا قسمنا الدين في القسمة الاولى بين الجارية المرهونة
وبين ولدها نصفين على تقدير بقا قيمة ولدها كذلك الى وقت الفكاك ولم يبق وانما بقي بدل ولدها
عشرة اجزا في ولد القاتلة الاخيرة وانه اقل من الالف فوجب استيناف القيمة على قدر ما بقي من
بدل ولد الجارية المرهونة والوجه فيه ان يقسم الدين اولا على قيمة الجارية المرهونة يوم العقد والقبض
وذلك الف درهم وعلى قيمة ما بقي من بدل ولدها ولد القاتلة الاخيرة وذلك عشرة وقد صارت
قيمة القاتلة الاخيرة وهي الف على احد وعشرين فتصير اجزا الجارية المرهونة وقيمتها الف على
احد وعشرين ايضا فيقسم جميع الدين على قيمة الجارية المرهونة يوم العقد والقبض وذلك احد
وعشرون وعلى ما بقي من قيمة بدل ولدها وذلك عشرة فيكون ذلك احدا وثلاثين حصة ولد
المرهونة من ذلك عشرة فيفتكه الراهن بعشرة اجزا من احد وثلاثين جزا من جميع الدين وذلك ثلثماية
واثنان وعشرون درهما وثمانية عشر جزا من احد وثلثين جزا من درهم لان الخارج من قسمة الالف على
احد وثلاثين اثنان وثلاثون درهما وثمانية اجزا من احد وثلاثين جزا من درهم فعشر مرات اثنان
وثلاثون درهما وثمانية اجزا من احد وثلاثين مما ذكرنا لان عشر مرات اثنان وثلاثون ثلثماية
وعشرين وعشر مرات ثمانية اجزا ثمانون والسهم الصحيح احد وثلاثون فاثنان وستون
سهمان بقي ثمانية عشر جزا فيفتكه بهذا بقي بعد ذلك احد وعشرون سهما حصة الجارية المرهونة
ويحول الى الجارية القاتلة الاولى وذلك ستماية وسبعة وسبعون درهما وثلاثة عشر جزا من
احد وثلاثين جزا من درهم لان احد وعشرين مرة اثنين وثلاثين درهما وثمانية اجزا من احد
وثلاثين مما ذكرنا ثم يقسم ما تحول الى القاتلة عليها على اعتبار قيمتها يوم الدفع وذلك ماية وعلى
قيمة بدل ولدها يوم الفكاك وذلك عشرة على اثنى عشر سهما وعشر سهم لان قيمة القاتلة ماية وماية
مثل عشر الجارية المرهونة صارت على احد وعشرين سهما وكان العشر منها سهمين وعشر سهم وبدل ولدها
من ولد القاتلة الاخيرة عشرة اسهم من احد وعشرين سهما فلهذا نقسم احد وعشرون سهما من الدين الذي

الذي هو حصة الجارية المرهونة ويحول الى القاتلة الاولى بينهما على اثنى عشر سهما وعشر سهم سهمان
وعشر سهم بازا القاتلة الاولى وعشرة اسهم بازا بدل ولدها وبدل القاتلة الاولى جزان جزو من
القاتلة الاخيرة وجزو من ولدها فيقسم ما في القاتلة الاولى من الدين وذلك سهمان وعشر سهم على بدلها
وهو جزءان احدهما في القاتلة الاخيرة والاخر في ولدها قسمة على السوا نصفه في الام وذلك
سهم ونصف عشر سهم ونصفه بازا الولد لان الدين تحول من القاتلة الاولى الى بدلها حين دفعت
بها وانقسم ذلك بينها وبين ولدها فاذا ماتت الاخيرة بعد ما ولدت فقد ذهب جزو من بدل
القاتلة الاولى من الجزئين فذهب للدين كان في ذلك الجزو وذلك سهم ونصف عشر سهم وبقي سهم
ونصف عشر سهم يفتكه الراهن بذلك فحاصل ما يؤدي الراهن الى المرتهن ثلثماية واثنان وعشرون
وثمانية عشر جزا من احد وثلاثين جزا بازا الولدة الاولى وخمسماية وتسعة وخمسين درهما واربعة
اخماس درهم وثمانية واربعون جزا وخمس خمس جزو من سبعماية وخمسين وخمس لان الخارج من قسمة
ستة ماية وستين على اثنى عشر خمسة وخمسين وعشر للخارج خمسة ونصف فهو حصة العشر يبقى
احد عشر ونصف وثلاثة عشر جزا جنسنا فيكون ثلاثماية وتسعة وتسعين ونصف ضعفنا فيصير
سبعماية وتسعة وثلاثين لا يستقيم على اثنى عشر وعشر فيضرب المبلغ في اثنى عشر فيصير ثمانية الالف
وتسعماية واحد واربعين وتسعة اعشار والسهم الصحيح بعد التضعيف اثنان وستون ضربناه
في اثنى عشر وعشر فيصير سبعماية وخمسين وخمس فالخارج من القسمة ما ضربناه وهو
سبعماية وتسعة وثلاثون فعشر مرات سبعماية وتسعة وثلاثون سبعة الالف وثلثماية
وتسعون وهو تسعة دراهم واربعة اخماس درهم وثمانية واربعون جزا وخمس خمس جزو من
سبعماية وخمسين وخمس الذي هو الدرهم الصحيح فهذا حصة الولد الثاني وجزتان
سبعماية وتسعة وثلاثون الفا واربعماية وثمانية وسبعون وعشر سبع ماية وتسعة وثلاثون
ثلاثة سبعون وستة اعشار فجملته الف وخمسماية واحد وعشرون وتسعة اعشار وهو درهما
واحد وخمسون جزا ونصف جزو من سبعماية وخمسين وخمس الدين الذي هو الدرهم فحاصل ما يقابل
الولد الاول ثلثماية واثنان وعشرون درهما ونصف درهم وسهمان ونصف من احد وثلاثين
من درهم وما يقابل الولد الاخر خمسماية وتسعة وخمسون درهما واربعة اخماس درهم وثمانية
واربعون جزا وخمس خمس جزو من سبعماية وخمسين وخمس وما يقابل الام ماية و
سبعة عشر ونصف درهم واحد وخمسون جزا ونصف جزو من سبعماية وخمسين وخمس
يسقط نصفه وذلك ثمانية وخمسون درهما وثلاثة ارباع درهم وخمسة وعشرون جزا وثلثة
ارباع جزو من سبعماية وخمسين وخمس ويؤدي مثله فجملة ما يلزم الراهن تسعماية وواحد و
اربعون درهما وثلث سبع درهم وماية جزو وثلاثة اجزا وثلثة ارباع جزو من سبعماية وخمسين درهما
وخمس درهم فان اردت التصحيح فاضرب مخارج الكسور بعضها في بعض وقد انكسر الدرهم بالربع
والخمس وثلث السبع فاضرب اربعة في خمسة فيصير عشرين ثم اضرب عشرين في مخرج ثلث السبع
وذلك احد وعشرون فيصير اربعماية وعشرين ثم اضربه في الدرهم وذلك سبعماية وخمسون

وخمس فما بلغ فهو الدرهم والله اعلم

باب الرهن بين الشركا يرجع بعضهم على بعض

اصل الباب ان الشيوع اذا تمكن في الرهن يمنع جواز الرهن بان رهن نصف عبده او نصف داره اما اذا تمكن في الملك لا يمنع كما اذا رهن اثنان مالا مشتركا بينهما بدين عليهما لواحد صفقة واحدة بان قالا رهنا منك هذا بمالك علينا من الدين ولم يقولا على ان نصيب كل واحد منا رهن بما عليه لان الشيوع انما يمنع جواز الرهن لانه يفوت محلية حكم العقد وهو الحبس المستحق حقيقة لان الحبس لا يتاتى في الشايع او لادخال التوقيت فيه فكانه رهن يوما ويوما ولو نص على هذا كان فاسدا لما ذكر وهنا لا يفوت لان العقد لا يفيد الاستحقاق حبس واحد في محل واحد من غير تعرض لبعض دون بعض حتى لو قضى احدهما دين نفسه ليس له ان يفتك الرهن في نصيبه فان قيل العين الواحد لا يتصور ان يكون مرهونا بجملة بدين كل واحد منهما الا ترى انه لو رهن الكل احدهما بدين ورهن الاخر كله بدينه بعد ذلك لم يصح قيل له نعم لكن اجمعت الامة على التفرقة بينهما فان من رهن عند اخر عبدا بالف درهم صار راهنا كله بكل درهم حتى لو قضى الدين كله الا درهما يبقى الكل رهنا بذلك الدرهم ولو رهن الكل بدرهم رهن الكل بدرهم بعد ذلك لم يصح كذلك هنا يكون الكل محبوسا بكل الدين وبكل جزء من اجزاء الدين وهذا مذهبنا وعند الشافعي يصح وهذا ينبني على ما ذكرنا ان موجب الرهن عندنا الحبس على الدوام وعنده البيع في الدين والتقدم على الغرما ثم اختلف مشايخنا المتاخرون منهم من قال بانه باطل لفقد محلية الدين يجري مجرى الركن كاستيجار دابة الشريك بحمل طعام مشترك ومنهم من قال فاسد لفقد شرط وثمرة الخلاف انما تظهر فيما اذا هلك في يد المرتهن فعلى القول الاول واليه اشار الكرخي لا يسقط الدين وعلى القول الثاني يسقط وهو الاصح وجه قول الشافعي ان المشاع عين يجوز بيعه فيجوز رهنه كالمقسوم وهذا لان موجب الرهن استحقاق البيع في الدين لانه مشروع لصيانة حق المرتهن عن القدر الذي يلحقه بمزاحمة ساير الغرما فالمشروع وثايق منها ما يومنه عن الجحود وهو الشهود ومنها ما يومنه عن نسيان الشهود وهو الصك ومنها ما يومنه عن التوى بالافلاس وهي الكفالة ومنها ما يومنه عن توى بعض حقه بمزاحمة الغرما وهو الرهن فاذا كان مشروعا لهذا النوع من الوثيقة كان المستحق به البيع في الدين فيختص بمحل يقبل البيع في الدين ثم القبض شرط تمام هذا كالهبة والشيوع لا يمنع اصل القبض الا ترى ان الشايع يصلح راس المال للسلم وبدل الصرف وبالاجماع هبة المشاع فيما لا يقسم وعندي فيما يقسم ولهذا لو اشترى نصف شي وقبضه ثم باعه يجوز مع نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض وبيع المشاع فاسدا يفيد الملك بالقبض عندكم واحد الشريكين اذا استعمل العبد المشترك بغير اذن شريكه فهلك يضمن وضمان الغصب لا يجب الا بالقبض الحقيقي ولان الكل قابل للقبض فكذا البعض لانه داخل في الكل ولان البعض لا يخالف الكل ودوام يد المرتهن ليس بشرط لبقا حكم الرهن فانه لو اعاره من الراهن بعد ما قبضه او غصبه الراهن منه لا يبطل الرهن وكان للمرتهن ان يسترده ولا يجوز ان يقال موجب العقد اليد لان العقود الشرعية انما تستحق ما هو المقصود واليد غير مقصودة لعينها بل للتصرف او

او للانتفاع والمرتهن لا يتمكن من شي من ذلك والدليل عليه جواز الرهن من رجلين بدين لهما وانما يكون راهنا من كل واحد منهما في النصف فكذلك الرهن ثم كل عقد جاز في جميع العين مع اثنين يجوز في نصفه مع الواحد كالبيع ولان المشاع قابل لحكم الرهن على اختلاف الاصلين اما على اصلنا فظاهر واما على اصلكم فلانه تعلق الدين بالمحل وهو تقدير شرعي يظهر اثره في تقدمه على الغرما عند العسرة والمزاحمة والمشاع قابل لهذا ولان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه اذ الاسباب لا تحل المحال وانما تحل الاحكام في المحال فكل محل يكون قابلا للحكم يكون محلا له والمشاع قابل لحكمه على ما ذكرنا والدليل عليه الشيوع الطارى وما يمنع الابتدا يمنع البقا كالرضاع والمصاهرة والحدث ولنا طريقان احدهما ان رهن نصف الشايع بمنزلة قوله رهنتك يوما ويوما لا وبيانه ان موجب عقد الرهن دوام يد المرتهن عليه من وقت العقد الى وقت الفكاك وذلك لا يتحقق مع الشيوع لانه يحتاج الى المهاياة مع المالك في الامساك فينتفع به المالك يوما بحكم الملك ويحفظه المرتهن يوما بحكم الرهن فهو بمنزلة قوله يوما ويوما لا لانه ينعدم استحقاق اليد للمرتهن في نوبة الراهن وكان ذلك بسبب مقترن للعقد وهو الشيوع ومتى اقترن بالعقد ما يمنع موجبه لم يصح العقد ولا يمكن ان يجعل الراهن نايبا عنه حتى يكون في يده يحفظه لان ملك الرقبة علة لملك اليد لانه تبع لملك الرقبة لانه لابد منه ليكون وسيلة الى الانتفاع بملك الرقبة الا انا توافقنا على قطع التبع عن الاصل في حق المرتهن فاذا رضي بملك الراهن بملك الرقبة لا بادنه فلا يصح نايبا عنه وهذا لان النايب للمالك ملك يد هو وسيلة الى الانتفاع ومطلق التصرفات وليس للمرتهن فلا يمكن جعله نايبا عنه والدليل على ان دوام اليد موجب العقد قوله تعالى فرهان مقبوضة فهذا يقتضي ان لا يكون مرهونا الا في حال مقبوضا ولان المقصود بالرهن صيانة حق المرتهن عن التوى بالجحود فان الله نقل الحكم من الكتابة والشهود الى الرهن فيكون المقصود بالمنقول اليه ما هو المقصود بالمنقول عنه وذلك لا يحصل الا بدوام اليد عليه لانه اذا عاد الى يد الراهن ربما يجحد الرهن والدين جميعا وكذلك المقصود اضجار الراهن ليسارع الى قضا الدين وانما يحصل هذا المقصود بدوام المرتهن عليه والدليل عليه ان المرهون اذا كان شيا لا ينتفع به مع بقا عينه فللمرتهن ان يحبسه عند اطلاق العقد ولو لم يكن دوام اليد موجب العقد لما كان له ان يحبسه لان الراهن يقول انا اشتغل على ملكي منك وحقك البيع في الدين ولا يفوت ذلك عليك بيدي وحيث كان المرتهن احق بامساكه عرفنا ان دوام اليد موجب العقد ولسنا نعني وجود يد المرتهن حسا وانما نعني استحقاق دوام اليد وبالاعارة من الراهن او الغصب لا ينعدم الاستحقاق ففي الرهن من رجلين استحقاق دوام اليد ثابت لكل واحد منهما في جميع العين حتى اذا قضى جميع دين احدهما يكون للاخر ان يحبس جميع الرهن حتى يستوفي دينه وكما يجوز ان يكون الواحد محبوسا بدين اثنين ويكون جميعه محبوسا بدين كل واحد منهما فكذلك حبس العين بحكم الرهن ثم اليد مستحقة على الراهن هناك حتى لا يكون له حق اعادة شي من العين الى يده ما لم يقض الدين والعقد بهذا يتم وان لم يكن لكل واحد منهما حق التفرد بامساك العين كما لو شرطا ان يكون

الرهن على يد عدل يجوز لاستحقاق اليد على الراهن وان لم يكن للمرتهن حق اثبات اليد عليه والمالك
في ماله ملك العين والمنفعة واليد فكما يجوز له ان يوجب له ملك العين او المنفعة يجوز ان يوجب له ملك
اليد مقصودا وذلك بعقد الرهن وهذا لان اليد مقصودة ولهذا يصح الاقرار بها وتقبل الشهادة عليها
الا ترى ان الغاصب يضمن تفويت اليد كما يضمن المتلف باتلاف العين واذا كان باليد يتوصل الى
التصرف والانتفاع كانت اليد مقصودة وهذه العلة تشير الى ان فاسد والطريق الاخر ان موجب
عقد الرهن ثبوت يد الاستيفا للمرتهن لما بينا انه وثيقة لجانب الاستيفا ويد الاستيفا في الجزء
الشايع لا يتحقق لان اليد حقيقة لا يثبت الا على جزء معين واذا كان المرهون جزءا شايعا لو ثبت حكم الرهن
انما يكون عند التخلي بجميع العين او عند نقل جميع العين حقيقة ونصف العين ليس بمعقود عليه واذا كان
موجب العقد لا يتحقق الا باعتبار ما ليس بمعقود عليه لا ينعقد العقد اصلا كما لو استاجر احد زوجي
المقراض لمنفعة قرض الثياب وبهذا يتبين ان العين فيما هو موجب الرهن غير محتمل للتجزي وعند
اضافة العقد الى نصفه لم يثبت في كله فبطل اصلا التعذر اثبات موجبه في النصف كالكفالة بالنفس
والمرأة في حكم الحل لما كانت لا تتجزى فاذا اضيف النكاح الى نصفها بطل عنده وعندنا يثبت في الكل
وقوله يصير قابضا بقبض الكل قلنا الكل ليس هو البعض والمرهون هو البعض والمقبوض هو الكل والكل ليس هو البعض
فثبت انه لا يمكن قبضه وهذا بخلاف الرهن من رجلين لان موجب العقد هناك وهو يد الاستيفا
ثبت في جميع المحل غير متجزي ثم حكم التجزي يثبت في حق المرتهن عند تمام الاستيفا بالهلاك للمزاحمة
وبه لا يظهر التجزي في المحل الا ترى ان نصف النفس لا يستحق قصاصا ثم يجب القصاص لاثنين في
نفس واحدة ويكون كل واحد منهما مستوفيا للنصف عند القتل باعتبار انه لا يظهر حكم التجزي في القصاص
وكذا الاستيلا على الكفار فان قيل الشيوع لا يمنع الاستيفا حقيقة فان من كان له على غيره عشرة
فدفع المديون اليه كيسا فيه عشرون ليستوفي حقه منه فيصير مستوفيا حقه من النصف شايعا واذا كان
لا يمنع حقيقة الاستيفا فكيف يمنع ثبوت الاستيفا قلنا موجب حقيقة الاستيفا ملك عين
المستوفي واليد تبنى على الملك والشيوع لا يمنع الملك فما هو الموجب يمكن اثباته في الجزء الشايع
وموجب الرهن يد الاستيفا فقط وذلك لا يتحقق في الجزء الشايع وبهذا الطريق سوينا
في حكم الرهن بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتمل القسمة بخلاف البيع والهبة والصرف وما ذكر من الاحكام
لان محل العقد هناك المالية وانها موجودة فانعقد العقد لقيام المحلية الا ان القبض شرط تمام العقد فيراعى وجوده
في كل محل بحسب الامكان فاما هنا المعقود عليه الحبس وانه ليس بمحل هذا كما نقول ان عقد الاجارة على الرضيع المملوك
لا يجوز لانعدام المعقود عليه وهو المنافع وان وجدت المالية وبيعه جائز ولهذا لم يجوز رهن المشاع من الشريك
ايضا لان موجبه لا يتحقق فيما اضيف اليه العقد بخلاف اجارة المشاع عند ابي حنيفة فالشيوع هناك انما يمنع
لان موجب العقد ينعدم به بل لانه يتعذر استيفا المعقود عليه على الوجه الذي اوجبه العقد لان استيفا المنفعة
يكون من جزء معين وذلك لا يوجد في الاجارة من الشريك فانه مستوفي منفعة الكل فيكون مستوفيا منفعة
المستاجر لا على الوجه الذي استحقه وبان كان لا يتمكن من استيفا المعقود عليه الا بما لم يتناوله العقد لا يمنع
جواز العقد كبيع الرهن فان استيفاه لا يمكن الا بالوعا ولا يمتنع به صحة العقد فالحاصل ان القبض نوعان

نوعان قبض هو مقصود استحق بالعقد وقبض ليس بمقصود لكن استحق تبعا لغيره والمحل محلان
محل هو قابل للقبض مقصودا ومحل قابل للقبض مع غيره تبعا له فكل محل هو قابل للقبض مقصودا يكون
محلا للقبض الذي هو مقصود مستحق بالعقد وكل ليس بقابل القبض مقصودا بل هو قابل تبعا يكون
محلا للقبض الذي استحق تبعا اذا ثبت هذا فنقول القبض في الرهن مقصود مستحق بالعقد والمشاع
لا يقبل القبض مقصودا بل مستحق تبعا لغيره والمشاع قابل للقبض الذي هو تبع وفي الغصب لا يتصور
استعمال النصف بدون استعمال الكل فاذا استعمل الكل فقد استعمل النصف فقضي ما في الباب
هنا كذلك الا انا لا ندعي هنا عدم القبض وانما ندعي عدم استحقاق القبض على سبيل الدوام وهو
حكم الرهن لا نفس القبض وهذا هو الجواب عن المسائل ايضا وعلى هذا قلنا اذا استحق نصف
المرهون من يد المرتهن بطل الرهن في الكل وعند ابن ابي ليلى يبقى في النصف لان العقد
صح في الكل لان كون العين ملك الغير لا يمنع صحة الرهن وثبوت موجبه كما لو استعار عينا
ليرهنه بدينه ثم بطل في النصف لانعدام الرضا من المالك فيبقى في الباقي كما لو استحق نصف
المبيع لكنا نقول العقد في المستحق يبطل من الاصل لانعدام الرضا ولو صح في النصف الباقي كان
اثبات حكم الراهن في النصف شايعا وهو بمنزلة ما لو تزوج امة باذن مولاها ثم استحق نصفها
ولم يجز المستحق النكاح بطل في الكل واما الشيوع الطاري بان رهن جميع الدين ثم تفاسخا العقد
في النصف ورده المرتهن لم يذكر في الكتاب والصحيح انه كالمقارن في انه يبطل الرهن فانه قال في
القلب المكسور اذا ملك المرتهن بعض ذلك القدر مما بقي منه مرهونا كيلا يودي الى الشيوع وقال في
العدل اذا سلط على بيع الرهن كيف شا وباع نصفه يبطل الرهن في النصف الباقي لما بينا ان
الجزء الشايع لا يكون محلا لموجب عقد الرهن وكما ان العقد لا ينعقد ولا ينفذ ابتدا الا في محله
لا يبقى بدون المحل بخلاف الشيوع الطاري في الهبة فالقبض هناك شرط تمام العقد لا شرط بقا
العقد ولهذا لو رجع في النصف لا يبطل في الباقي ولو تفاسخا الرهن في النصف يبطل وتاثير الشيوع
في المنع من تمام القبض وذكر ابن سماعة ان ابا يوسف رجع وقال الشيوع الطاري لا يمنع بقا حكم
الرهن وقاس ذلك بصيرورة الرهن دينا في ذمة غير المرتهن فانه يمنع ابتدا الرهن ولا يمنع
بقاه حتى اذا اتلف المرهون انسان او بيع تكون القيمة والثمن رهنا في ذمة من عليه وابتدا
عقد الرهن مضافا الى الدين في الذمة لا يجوز ويجوز ان يكون الشي مانعا في حالة الابتدا لا في حالة البقا
كالردة الطارية على النكاح والعدة الطارية مع المقارنة والمعنى فيه ان الشروط تراعى في حالة
الابتدا لا في حالة البقا ثم القبض بحكم الرهن يثبت بالتخلية لانه قبض بحكم عقد مشروع بمنزلة
قبض المبيع ويروى عن ابي يوسف انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتدا
بمنزلة الغصب بخلاف الشرا فذلك القبض ناقل للضمان من البايع الى المشتري لا ان يكون موجبا
ابتدا والاول اصح لان حقيقة الاستيفا يثبت بالتخلية فالقبض الموجب لهذا الاستيفا ايضا يثبت
بالتخلية وحرف ان المرهون مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين عندنا لما ذكرو حرف اخر ان من قضى دين غيره
بغير امره كان له ان يرجع عليه لان المامور صار متملكا المال من الامر بمقتضى تمليك المال ممن له الدين ويصير

الامر كالمستقرض منه ماليته ماله في ضمن قضا الدين من ماله والمقتضي تمليك بعوض فكذا المقتضي لم
تكن له الرجوع اذا عرفنا هذا قال محمد رجل له على رجل الف درهم وعلى اخر مايه دينار قيمتها الف
وخمسماية فرهناه بذلك عبد بينهما بجميع حقه عليهما جاز ويكون كله رهنا بالدينين غير التعرض
لنصف دون نصف لما ذكرنا فلو هلك العبد في يد المرتهن وقيمته الفان ففي المسالة حكمان حكم
بين الراهنين والمرتهن وحكم بين الراهنين اما الحكم بين الراهنين والمرتهن ان يسقط من دين
كل واحد منهما اربعة اخماس لان المرهون مضمون باقل من قيمته ومن الدين فقيمة العبد الفان والدين
الفان وخمسماية والالفان من الالفين وخمسماية اربعة اخماس فيصير كل واحد منهما قاضيا اربعة
اخماس دينه فالذي عليه الدنانير صار قاضيا اربعة اخماس ما عليه وذلك ثمانون دينارا فيرجع المرتهن
عليه بعشرين دينارا والذي عليه الدراهم صار قاضيا اربعة اخماس ما عليه وذلك ثمنماية درهم
ويرجع المرتهن عليه بتمام حقه مايتي درهم واما الحكم بين الراهنين ان الذي عليه الدنانير يرجع
على صاحبه باربعين دينارا لان الذي عليه الدراهم صار قاضيا من دينه ثمانماية درهم نصفها من مال صاحبه
لان كل واحد منهما صار راهنا جميع العبد قضا العبد قاضيا دينه عن نصيبه ونصيب صاحبه لانه لو
جعل كل واحد منهما راهنا نصيبه بدينه خاصة يكون رهن المشاع ولو ادى احدهما ما عليه من الدين
يتمكن من الدين يتمكن من استرداد نصيبه وبقي نصيب الاخر مشاعا لا يمكن اقامة الحبس فيه
الا ترى انه لو رهن عبد كله بالف درهم نصفه بخمسماية ونصفه بخمسماية لا يجوز مع ان الراهن واحد
والقابض واحد والمرهون واحد فلان لا يجوز هنا اولى واذا صار قاضيا نصف دينه من مال صاحبه
كان لصاحبه ان يرجع عليه بذلك وذلك اربعماية والذي عليه الدنانير صار قاضيا من دينه ثمانين
دينارا نصفه من نصيب صاحبه وذلك اربعون دينارا ويرجع عليه صاحبه بذلك ولا يقع المقاصة
الا اذا تقاصا لان الجنس مختلف فاذا تقاصا صار اربعماية درهم قصاصا باربعماية درهم من قيمة
اربعين دينارا او بقي الباقي الى تمام قيمة اربعين دينارا وذلك مايتا درهم والذي عليه الدنانير
قضى من دينه اربعين دينارا وقيمته ستماية واخذ من صاحبه اربعماية فيكون الف درهم وانه نصف
العبد والذي عليه الدراهم اخذ من صاحبه اربعين دينارا قيمته ستماية وصار قاضيا من دينه
قدر اربعماية فيكون الف درهم وذلك قدر نصف العبد ولا يقال في المقاصة بيع الدين وانه لا يجوز
لانا نقول هذا في الصورة بيع الدين بالدين وفي المعنى بيع العين بالعين لان كل واحد من الدينين
كالمقبوض في حق صاحبه ولان المانع من بيع الدين بالدين النهي عن بيع الكالي بالكالي لمعنى وهو استحقاق
القبض بالعقد والافتراق قبل القبض يفوت القبض المستحق فلهذا لا يجوز الاستبدال
به فيشترط قبض احدهما اخراجا له عن الكالي بالكالي ويلزم منه اشتراط القبض في
الاخر لان للنقد فضلا على النسيه وفي حصوله خطر وانما يتحقق هذا في المبادلة موجبها
استحقاق القبض وفي مبادلة الدين بالدين لا يستحق القبض الا ترى انهما لو تصادقا دراهم
دين بدينار دين جاز لانهما يسقطان ولا يستحق القبض رجل له على رجل الف درهم وعلى اخر الف درهم وخمسماية
وعلى اخر خمسماية فرهنوه بجميع ذلك عبدا بينهم قيمته الفان فمات في يده هلك بالفين لما قلنا ويرجع

ويرجع للمرتهن على كل واحد منهم بما بقي عليه من الدين ويرجع كل واحد منهم على صاحبه بما صار
من دينه مقضيا بماله اما الحكم بين الراهنين والمرتهن ان نقول كل واحد منهم صار قاضيا ثلثي ما عليه من الدين
حكما لهلاك الرهن لان الدين عليهم ثلاثة الاف درهم وقيمة العبد الفان وهو ثلثا الدين فالذي عليه الف
وخمسماية صار قاضيا ثلثي ما عليه وذلك الف ويبقى عليه خمسماية فيرجع عليه المرتهن بذلك والذي عليه الالف
صار قاضيا ثلثي ما عليه وذلك ستماية وستة وستون وثلثان ويبقى عليه ثلث وذلك ثلثماية وثلاثة
وثلاثون وثلث فيرجع عليه المرتهن بذلك والذي عليه خمسماية صار قاضيا ثلثي دينه وذلك ثلثماية
وثلاثة وثلاثون وثلث وبقي عليه ثلثه وذلك ماية وستة وستون وثلثان فيرجع المرتهن عليه
بذلك واما الحكم بين الراهنين ان كل واحد منهم صار قاضيا ثلثي دينه بمال مشترك بينه وبين
صاحبه ثلثه من نصيبه وثلثاه من نصيب صاحبه فالذي عليه الف وخمسماية قضى من دينه
الفا ثلثه من نصيبه وذلك ثلثماية وثلاثة وثلاثون وثلث وذلك ثلاثة اتساع الالف لان كل الف
يجعل على تسعة لحاجتنا الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث لما تبين واقل ذلك تسعة وثلثه من نصيب الذي
عليه الالف وثلثه من نصيب الذي عليه خمسماية والذي عليه الالف قضى من دينه ستماية وستة وستون وثلثين ثلثه
من نصيب نفسه وذلك مايتان واثنان وعشرون وتسعان وذلك تسعا الالف وثلثه من نصيب الذي عليه
خمسماية والذي عليه خمسماية قضى عن دينه الذي عليه ثلثماية وثلاثة وثلاثين وثلث ثلثه من نصيبه وذلك
ماية واحد عشر وتسع وثلثه من نصيب الذي عليه الالف وخمسماية فاذا صار ثلث الالف على ثلاثة اسهم
صار جميع الالف على تسعة اسهم هذا معنى ما قلنا انا نحتاج الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث
ثم تقع المقاصة بينهم بقدر ما وجب لكل واحد منهم على صاحبه تقاصوا اولان الجنس متحد
ويتراجعون بالفضل فنقول للذي عليه الالف على الذي عليه الالف وخمسماية ثلثماية وثلاثون وثلث
وهو ثلاثة اتساع الالف الذي عليه الالف وخمسماية على الذي عليه الالف مائتان واثنان وعشرون
درهما وتسعا درهم وذلك تسعا الف درهم وتقع المقاصة بين تسعي الالف وتسعي الالف فبقي
الذي عليه الالف على الذي عليه الف وخمسماية تسع الالف وهو ماية واحد عشر وتسع درهم فيرجع عليه
بهذا القدر والذي عليه خمسماية على الذي عليه الف وخمسماية ثلثماية وثلاثة وثلاثون وثلث وهو
ثلاثة اتساع الالف والذي عليه الف وخمسماية على الذي عليه خمسماية تسع الالف وذلك ماية
واحد وعشرون وتسع فوقعت المقاصة بين التسع والتسع فبقي للذي عليه خمسماية على الذي عليه
الف وخمسماية تسعا الالف فيرجع بهذا القدر وللذي عليه خمسماية على الذي عليه الف مايتان
واثنان وعشرون درهما وتسعا درهم وذلك تسعا الالف والذي عليه الف على الذي عليه خمسماية
تسع الالف وذلك ماية واحد عشر وتسع فوقعت المقاصة بين التسع والتسع فبقي التسع الذي
عليه خمسماية فيرجع بذلك عليه ثم قال في الكتاب حتى يحصل للكل واحد بها بطل وعا اخذ ستماية
وستة وستون وثلثان اما الذي عليه الف وخمسماية سقط من دينه الف لكن غرم للذي عليه الف ماية واحد عشر
وتسع درهم وغرم للذي عليه خمسماية مائتين واثني وعشرين وتسعي درهم فبقي له ستماية وستة
وستون درهما وثلثا درهم والذي عليه الالف قضى من دينه ستماية وستة وستون وثلثي درهم واخذ

من الدين عليه الالف وخمسماية ماية واحد عشر وتسعا لكون غرمه مثله للذي عليه خمسماية فكانه ما اخذ فسلم له ستماية وستة وستون وثلثان والذي عليه خمسماية قضى من دينه ثلثماية وثلاثة وثلاثون وثلث واخذ من الذي عليه الف ماية واحد عشر درهما وتسعا ومن الذي عليه الف وخمسماية مائتين واثني عشر درهما وتسعي درهم فاذا اجتمعت هذه السهام كان له ستماية وستة وستون وثلثا درهم وهو قدر ما كان لكل واحد منهم في العبد من الملك رجل له على رجل خمسون دينارا قيمتها خمسماية درهم ايضا فرهناه بذلك عبدا بينهما يساوي الفا فمات في يده بطل الدين كله ويرجع الذي عليه الدراهم على الذي كان عليه الدنانير بخمسة وعشرون دينارا ويرجع الذي كان عليه الدنانير على الذي كان عليه الدراهم بمائتين وخمسين درهما اما الحكم بين الراهنين والمرتهن ان كل واحد منهما صار موفيا جميع ما عليه من الدين لان بالعبد وفا بجميع الدين واما الحكم بين الراهنين ما قال في الكتاب لان كل واحد منهما صار موفيا جميع دينه نصفه من نصيبه ونصفه من نصيب صاحبه فيرجع بذلك على صاحبه ولا تقع المقاصة الا بالتراضي لاختلاف الجنس رجل رهن رجلين عبدا بالف درهم كل نصف بخمسماية فالرهن باطل في قول ابي يوسف وقولنا وفي قياس قول ابي حنيفة لان الشيوع تمكن في العقد وكذا فيما تقدم من المسائل اذا رهن كل واحد منهم نصيبه بدينه في المبسوط واذا ارتهن الرجل من الرجلين دارا بحق له عليهما فهو جائز لانه لا شيوع في الرهن انما الشيوع في ملك الراهنين فان قضاه احدهما نصف المال لم ياخذ شيا من الدار حتى يقضي صاحبه ما عليه لان جميع الرهن محبوس بكل جزء من الدين وقد رضيا بذلك حين اوجبا الرهن في جميعها صفقة واحدة فاذا ارتهن الرجل من الرجلين ارضا او دارا ولاحدهما اكثر من نصفها وقبضها فهو جائز لاتحاد الصفقة حق المرتهن في جنس الكل وانتفا الشيوع عن المحل في موجب الرهن واكثر ما في الباب ان دينهما سوا فصاحب الكثير كالمعير نصيبه من صاحبه ليرهنه وانه صحيح ولو كان المرتهن اثنين ورهنا هما دارا وجعلا الثلاثين من ذلك رهنا لاحدهما بحقه والثلث الاخر رهنا للاخر لم يجز ان كان الحق متفرقا او واحدا بينهما اثلاثا او نصفين من قبل انهما قد فصلا بعض الرهن من بعض معناه ان تفريق التسمية فيما اوجب لكل واحد منهما يمنع ثبوت حق الحبس لكل واحد منهما في جميعه او يوجب ذلك تفريق التسمية كما في البيع من رجلين بتفريق التسمية يتمكن الشيوع في المحل فيما اوجباه لكل واحد منهما وذلك مبطل للرهن ولو كان لاحدهما الف درهم وللاخر الفا درهم على حدة فرهناهما الدار جميعا كان جائزا ولصاحب الالف الثلثان والاخر الثلث يعني مقدار ما صار مضمونا بالدين على كل واحد منهما اما حق الحبس يثبت للمرتهن في الجميع لاتحاد الصفقة والشيوع في الضمان لا يمنع صحة الرهن كما لو كانت قيمة الرهن اكثر من الدين وكذلك لو كان جنس المالين مختلفا فباختلاف جنس المال لا تتفرق الصفقة اذا اتحد الايجاب فان مات احد الراهنين فورثه الاخر فالرهن على حاله لان وارث الميت يخلفه في ملكه بعد موته وكان نصيبه مشغولا بدينه لحق المرتهن فكذا بعد موته واذا كان المرتهن اثنين فاراد احدهما رد الرهن لم يكن له ذلك حتى يجتمعا على الرد لان حق الحبس لكل واحد منهما ثابت في الجميع ولا ولاية لاحدهما على الاخر اسقاط حقه ولانه لو

لو تمكن من رد نصيبه بطل به الرهن في نصيب الاخر فان الشيوع الطارئ كالمقارن في ظاهر الرواية فرضاه غير معتبر في الحاق الضرر بالغير وفي العيون رجلان لكل واحد منهما الف على رجل فارتهنا منه ارضا بدينهما وقبضاها ثم قال احدهما ان المال الذي لنا على فلان باطل والارض في ايدينا تلجية قال ابو يوسف بطل الرهن وقال محمد لا يبطل ويبرا من حصته والرهن على حاله وجه قول ابي يوسف ان الدينين وان اختلفا لكن الراهن بهما اصلا بقي حق الاخر في الدين وجه قول محمد ان الدين مختلف والرهن انما يصح بهما واقراره يصح مبطلا لحق نفسه دون حق شريكه فبطل حق المقر في الدين والرهن ويبقى حق الاخر فيهما على حاله والله سبحانه وتعالى اعلم

باب من الرهن الذي يبطل ولا يكون مضمونا

اصل الباب ان المقبوض رهنا على جهة الدين مضمون كالمقبوض على حقيقة الدين والمقبوض لا على وجه الدين حقيقة او ظاهرا امانة والاول على وجهين احدهما ان يقبض العين رهنا بناء على دين ثم ظهر انه ليس عليه شي لان الرهن غير مضمون بنفسه وانما هو مضمون بما يقابله من الدين واذا لم يقابله شي من الدين حقيقة او ظاهرا لا يكون مضمونا ولهذا لا يصح الرهن بالدرك وبما يذوب له على فلان وبالجنايات الموجبة للقصاص اما اذا قابله الدين حقيقة او ظاهرا يكون مضمونا لوجود القبض بمقابلة الدين والثاني ان يقبض الرهن على ان يقرضه ولم يتفق ذلك حتى هلك يكون مضمونا لان المقبوض بجهة الشي يلحق بحقيقته كالمقبوض على سوم الشرا والفقه فيه ان قبض مال الغير سبب لوجوب الضمان الا اذا اذن المالك بقاذا اذن لجهة كان الاذن عدما فيما ورا تلك الجهة ولهذا لو اختلفا في جهة الاذن كان القول قول المالك فيبقى سبب الضمان الا انه يضمن بقدر ما سماه اما ظاهرا او جهة تفضي الى الحقيقة لانه قصد ان يكون مضمونا بذلك كانه موجود حقيقة ففي الوجه الاول الراهن ملك المرهون يدا وحبسا لا مطلقا بل بشرط العوض فلا يكون راضيا بالتمليك مجانا وفي الوجه الثاني لم يملك بشرط العوض فيكون مملوكا مجانا وهذا مذهبنا وعند الشافعي المرهون امانة في يد المرتهن ولا يسقط بهلاكه شي من الدين بحال والمسالة مختلفة بين الصحابة روي عن علي رضي الله عنه انه قال يترادان الفضل في الرهن وفيه دليل ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبيان هذا اللفظ اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه وان كان قيمته خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة اخرى وهو مذهبنا وان كانت قيمته خمسة عشر فالراهن يرجع على المرتهن بخمسة وهو مذهب علي رضي الله عنه وبه اخذ بعض الناس ولسنا ناخذ بهذا وانما ناخذ بقول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما فانهما قالا انه مضمون باقل من قيمته ومن الدين فاذا كانت القيمة اكثر فالمرتهن في الفضل امين وهكذا روى محمد بن الحنفية عن علي رضي الله عنهما ان المرتهن في الفضل امين ويحتمل انه اراد بقوله يترادان الفضل انه اذا بيع الرهن باكثر من الدين فالفضل للراهن وان بيع باقل يرجع المرتهن على الراهن وحاصل الخلاف بين العلما على ثلاثة اقاويل فعندنا هو مضمون باقل من قيمته ومن الدين وعند شريح هو مضمون بالدين قلت قيمته او كثرت فان قال الراهن بما فيه وان كان خاتما من حديد بماية درهم وقاسه بالبيع فانه مضمون بالثمن وان قلت القيمة وفي احدى روايتين علي رضي الله عنه يترادان الفضل وقول ابراهيم مثل مذهبنا بيان الاختلاف في النكاح بين المتقدمين الى ان احدث الشافعي رحمه الله قولا رابعا انه امانة واستدل بحديث الزهري عن ابن المسيب عن ابي هريرة رضي الله عنهم ان النبي

صلى الله عليه وسلم قال لا يعلق الرهن لا يعلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه وفي رواية الرهن من راهنه
الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه وزعم ان معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا يعلق الرهن لا يصير مضمونا بالدين فقد
فسر ذلك بقوله الرهن من راهنه الذي رهنه اي من ضمان راهنه وقوله صلى الله عليه وسلم له غنمه اذا ظهرت فيه
زيادة كالولد ونحوه لا يدخل في الرهن وعليه غرمه اي عليه هلاكه فالغرم عبارة عن الهلاك قال تعالى انا لمغرمون
اي هلك علينا اموالنا او معناه عليه غرم الدين والمعنى فيه وهو ان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط
الدين كما لا يسقط بهلاك الصك وموت الشهود وهذا لان بعقد الوثيقة يزداد معنى الصيانة فلو
قلنا لانه يسقط الدين كان ضد ما اقتضاه العقد لان الحق يصير به الهلاك والدليل عليه ان ما زاد على
قدر الدين امانة والعقد والقبض في الكل واحد وما هو موجب العقد وهو الحبس ثابت في الكل
فلا يجوز ان يثبت حكمه بالقبض في البعض دون البعض ولانه قبض باذن المالك فلا يوجب الضمان
والعقد اوجب له شيا وهو حق الحبس فلا يوجب عليه شيا كالكفالة والدليل عليه
ان العين يهلك على ملك الراهن حتى كان الكفن عليه ولو استحق وضمن المرتهن يرجع بالضمان
والدين على الراهن ولو كان قبضه ضمان او لنفسه لا يرجع كالغاصب والمستعير وعندكم اذا
اشترى المرتهن لا يصير قابضا بنفس الشرا ولو كان مضمونا عليه لناب قبضه عن قبض الشرا
كما في الغصب كالمقبوض بحكم الراهن الفاسد لا يكون مضمونا عندكم كرهن المشاع وغيره والفاسد
معتبر بالجائز في حكم الضمان ولهذا لا يصح رهن المدبر وام الولد ولو كان حكم الرهن ملك اليد
والحبس لصح لانهما قابلان لهذا الحكم بخلاف البيع وليس من ضرورة ثبوت حق الحبس الضمان
كالمستاجر بعد الفسخ محبوس عند المستاجر بالاجل المعجل بمنزلة المرهون حتى اذا مات الاجر كان
المستاجر احق بثمنه من سائر الغرما لم يكن مضمونا اذا هلك وكذا زوايد الغصب عندكم والدليل على انه
امانة ان النفقة على الراهن كالوديعة ولان ذمة الراهن كانت مشغولة بالدين ولم يوجد سبب
الفراغ فبقي الشغل وبيانه ان اسباب الفراغ محصورة وهي الاستيفا والابرا او انفساخ سبب
ثبوت الحق ولم يوجد شي من ذلك اما الابرا وفسخ السبب فظاهر واما الاستيفا ففي حق
ملك الرقبة ظاهر ولهذا بقيت المطالبة والحبس وملك اليد لا يستوفى ولانه لو صار
مستوفيا اما ان يصير مستوفيا حال قيامه او بعد هلاكه لا وجه الى الاول لانه لا قائل به وملك
الراهن قائم ولا وجه الى الثاني لان الاستيفا من المعدوم محال دل عليه انه لو اعاده من الراهن
او من اجنبي وهلك لا يسقط الدين مع بقا الرهن ولهذا يملك استرداده وحبسه فكان موجبه
ما ذكرنا وهو حق البيع لان موجب العقد ما يثبت في العقد ويكون وسيلة الى المقصود وما
ذكرناه يثبت بالعقد وهو وسيلة الى مقصوده لانه شرع وثيقة للدين وتاكيد لجانب الاستيفا
واذا كان له حق المطالبة بالبيع يطالبه ويبيع ويخص بماليته فيصل الى ماله وحجتنا ما ذكرنا من اجماع
المتقدمين فان اتفاقهم على ثلاثة اقاويل اجماع منهم على انه ليس فيه قول رابع ثم يستدل بحديث عطا
ان رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال للمرتهن ذهب حقك ولا يجوز ان يقال ذهب حقك في الحبس لان هذا مما لا يشكل ولا يجوز ان يراد

يراد به ذهب حقك في المطالبة برهن اخر لانه ما كان له هذا الحق ولانه ذكر الحق منكرا في اول الحديث
ثم اعاده معرفا بالاضافة اليه فيكون المراد بالمعرف ما هو المراد بالمنكر قال تعالى كما ارسلنا الى فرعون
رسولا فعصى فرعون الرسول وكقول القائل لو كان درهم فانفقت الدرهم ولانه ذكر على سبيل التعميم كقول
القائل ذهب مالي وملكي فوجب ان لا يبقى له قبله حق الحبس ولا البيع ولا الدين وقال صلى الله عليه وسلم الرهن
بما فيه ذهبت الرهان بما فيها من الديون ولا حجة له في قوله صلى الله عليه وسلم لا يعلق الرهن فان احدا من
اهل اللغة لا يفهم من هذا اللفظ نفي الضمان عن المرتهن وذكر الكرخي ان اهل العلم من السلف كطاوس
وابراهيم وغيرهما اتفقوا ان المراد لا يحبس الرهن عند المرتهن احتباسا لا يمكن فكاكه بان يصير
مملوكا للمرتهن لان العلوق هو الامتناع من الفكاك الا ترى الى قول زهير وفارقتك برهن لا فكاك له
يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا يعني احتبس قلب المحب عند الحبيب على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان ولا هلاك
والدليل عليه ما روى عن الزهري قال كانوا في الجاهلية يرتهنون ويشترطون على الراهن ان لم يقض الدين
الى وقت كذا فالرهن مملوك للمرتهن فابطل النبي صلى الله عليه وسلم ذلك بقوله لا يعلق الرهن وسئل
ابن المسيب عن معنى هذا اللفظ فقيل له اهو قول الرجل ان لم تات بالدين الى وقت كذا فالرهن بيع
لي بالدين فقال نعم وقوله صلى الله عليه وسلم الرهن من راهنه الذي رهنه يوكد هذا المعنى اي هو على ملك راهنه الذي
رهنه لا يزول ملكه بهذا الشرط وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم له غنمه وعليه غرمه يعني في حال بقائه مردود عليه
لا يتمكن غيره عليه او ان بيع في الدين فيزداد الثمن فالزيادة له وان انتقص فالنقصان عليه وما ذكرناه
اصح مما ذكره لانه اضاف الغنم الى المرتهن فاذا هلك عند المرتهن كان عليه غرمه حيث بطل الدين بهلاك
الرهن اما الراهن اذا ادى عند هلاكه لا يقال غرم لانه قضى دين نفسه وكان واجبا عليه من قبل وفي بعض
الروايات لصاحبه غنمه وتاويله ان المراد هو المرتهن لانه هو الذي يصح الرهن والمعنى فيه ان الرهن
مقبوض الاستيفا والمقبوض على وجه الشي كالمقبوض على حقيقته في حكم الضمان كالمقبوض على جهة الشرا ثم
المقبوض بحقيقة الاستيفا مضمون على القابض بما استوفى فكذا المقبوض على جهة الاستيفا وبيان
الوصف ان الرهن يعقد الاستيفا الدين من معناه وماليته ويختص بما يمكن استيفا الدين منه
وهو المال المتقوم الذي يقبل البيع في الدين ويختص بحق يمكن استيفاوه من الرهن وهو الدين حتى
لا يجوز بالاعيان ولا بالعقوبات وتحقيقه ما ذكرنا ان موجبه ثبوت يد الاستيفا وبهذه اليد
في حقيقة الاستيفا يثبت الملك والضمان فكذا فيها ايضا يثبت الضمان في عقد الرهن تقديره
انه عند حقيقة الاستيفا المستوفي يكون مضمونا على المستوفي وله على الموفي مثل ذلك فيصير قصاصا
به فكذا اذا قبضه رهنا وصار مضمونا عليه بهذه اليد فاذا هلك وجب على المرتهن مثل ما كان للمرتهن
على الراهن فيصير قصاصا وفي المقاصة اخر الدينين فيكون قضا عن اولهما فيصير المرتهن مستوفيا
حقيقة ولهذا يثبت الضمان بقدر الدين وصفته لان الاستيفا به يتحقق وكان الراهن جعل بمقدار
الدين في وعا وسلمه الى رب الدين يستوفي حقه من غير فعند هلاكه في يده يتم استيفاوه في مقدار
حقه ولهذا كان الفضل امانة ولهذا جعلنا العين امانة لان الاستيفا يحصل من المالية دون العين فالاستيفا
بالعين يكون استبدالا والمرتهن عندنا مستوف لا مستبدل وانما يتحقق الاستيفا بجنس الحق والمجانسة

بين الاموال باعتبار صفقة المالية دون العين فكان امينا في العين والعين كالكيس في حقيقة الاستيفا
وبهذا التقرير يتضح الجواب عما قال لان معنى الصيانة انما يتحقق اذا صار المرتهن بهلاك الرهن
مستوفيا حقه وانما ينعدم ذلك اذا قلنا يتوى دينه والاستيفا بانواع موجب العقد ينوب بيد
الاستيفا وفيه معنى الصيانة ومن ضرورية فراغ ذمة الراهن عند هلاك الرهن وتمام الاستيفا
فلا يخرج به من ان يكون وثيقة لصيانة حق المرتهن كالحوالة فانها توجب الدين في ذمة المحتال
عليه لصيانة حق الطالب وان كان من ضرورته فراغ ذمة المحيل وبه لا ينعدم معنى التوثيقه وكذلك
المقصود بالعارية منفعة المستعير ومن ضرورة حصول تلك المنفعة له ان تكون نفقته عليه
فلا يخرج به من ان يكون العقد محض منفعة له وبه فارق موت الشهود وهلاك الصك لان سقوط
الدين عندنا باعتبار ثبوت يد الاستيفا اذا تم ذلك بهلاك الرهن وذلك لا يوجد في الصك
والشهود وانما لا يصير قابضا بنفس الشرا لانه بلا في العين وانه امين فيه وانما يرجع بالضمان
عند الاستحقاق لاجل الغرور فالراهن هو المنتفع بقبض المرتهن من حيث انه يصير موقنا دينه
عند الهلاك فيصير المرتهن مغرورا من جهته من هذا الوجه ولهذا تكون النفقة على الراهن بمنزلة
المستاجر ثم يد المستاجر بعد الفسخ ليست يد الاستيفا لانها هي اليد التي كانت قبل الفسخ وانما
قبض لاستيفا المنفعة لا لاستيفا الاجرة من المالية فلهذا لا يصير مستوفيا بالهلاك في يده
والمقبوض بحكم الرهن الفاسد عندنا مضمون فان المسلم اذا ارتهن من ذمي خمرا وعصيرا فتخمر في يده
كان مضمونا عليه اذا هلك وهو رهن فاسد فاما الرهن باجرة النايحة والمغنيه فلا عقد هنا لانه فاسد
ولا جائز لانعدام الدين وكذلك رهن المشاع فقد قامت الدلالة لنا على ان يد الاستيفا التي هي موجب
الرهن لا يثبت في الجزو الشايع على ما ذكرنا وقد ذكرنا فيه اختلاف المتاخرين وانما لا يبطل بالاعارة
والغصب لان حكم الراهن استحقاق اليد وانه قائم انما الثابت صورة اليد وليست هي حكم العقد
وهذا لان صورة اليد شرط صحة النسب كالشهود في النكاح انها فعل حسي والافعال جاز ان تكون
شروطا للاسباب اما لا يجوز ان تكون احكاما للاسباب واشترطنا صورة اليد في الابتدا ليصح
النسب وحكمه استحقاق اليد وانه وصف شرعي فجاز استحقاقه بالنسب ودوام الشرط ليس بشرط
لبقا صحة النسب في بقا حكمه وكون استحقاق البيع واختصاصه بالثمن لا ينفي كون ما ذكرنا
حكما مقصودا فيكون كلاهما حكم العقد • اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل ادعى على اخر الفا فانكر
المدعا عليه ثم انه صالحه على خمسماية درهم واعطاه بذلك رهنا يساوي خمسماية فهلك في يد المدعي ثم
تصادقا انه لم يكن عليه شي فعلى المرتهن خمسماية للراهن لان المرتهن اخذ الرهن بدين ثابت ظاهر
بدليل ان القاضي بعد الصلح قبل التصادق يجبره على قضا خمسماية والرهن بدين ثابت ظاهرا مضمون على
المرتهن باقل من قيمته ومن الدين كالمقبوض بدين ثابت في حقيقة فاذا هلك عنده صار مستوفيا خمسماية حكما
لهلاك الرهن ولو استوفى حقيقة ثم تصادقا ان لا دين يجب رد ما استوفى كذلك هنا ولانه قبضه متملكا لان
عقد الرهن عقد استيفا والاستيفا لا يخلوا عن التملك فيصير متملكا بما ظن من الدين فيهلك بذلك ولانه
لو قبض على سوم الرهن فهلك قبل ان يقبض القرض يهلك بذلك فههنا اولى ولم يذكر في الكتاب انه هلك قبل التصادق

التصادق او بعده واختلف مشايخنا قال بعضهم لا يضمن اذا تصادقا قبله بمنزلة الابرا وقال بعضهم و
يضمن لانه قبضه متملكا فرق بين هذه المسالة وبين ما ذكر في الزيادات اذا رهن جارية تساوي الفا بالف
درهم ثم ولدت ولدا يساوي الفا وهلكت الجارية ثم زاد في الرهن غلاما يساوي الفا جازت الزيادة
ويكون الولد مع الزيادة رهنا بخمسماية لقيام المزيد عليه وهو الولد لانه رهن ظاهرا فان هلكت الزيادة
تملك بماية وخمسين وان لم تملك الزيادة ولكن الولد فانه ياخذ الزيادة بغير شي لانه لما هلك لم يحصل
اصلا وظهر ان الام هلكت بجميع الدين وان الزيادة لم يصح فكان له ان ياخذه بغير شي فان لم يسترد
الزيادة حتى هلكت هلكت امانة وفي الدين المظنون اذا تصادقا بعد الهلاك يهلك مضمونا على الروايات
الظاهرة وروى بشر عن ابي يوسف انه يهلك امانة وسوى بين المسالتين وان تصادقا ثم هلك اختلف
المشايخ والفرق على ظاهر الرواية ان في الدين المظنون حين قبض الرهن كان القبض قبض ضمان من غير
تردد فاذا تصادقا ان لا دين لم يصح تصادقهما في تغيير حكم الشرع الا ترى انهما لو تفاسخا الرهن
بقي مضمونا اما في مسالة الزيادات حين قبض الزيادة قبضها بعد سبب سقوط الدين لان موت
الام سبب صالح لسقوط الدين الا ان الولد مانع فاذا هلك زال المانع فظهر استيفا الدين من ذلك الوقت
فكان قبض الزيادة قبض مال الغير باذنه من غير دين ويكون امانة رجل اودع رجلا الف درهم فادعى المودع
الهلاك والرد وجحد صاحب المال ذلك فالقول قول المودع لانه امين فان صالحه صاحبه بعد ذلك على
خمسماية درهم فرهنه بذلك رهنا عنده فضاع ثم تصادقا ان الوديعة قد هلكت او ان صاحبها قبضها
فلا ضمان على المرتهن في قياس قول ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة والرواية عنه في الاجير المشترك اذا
ادعى الرد ثم صالحه صاحبه على مال فالاجير عنده امين كالمودع وعند محمد يضمن المرتهن خمسماية وهذه
المسالة تنبني على جواز الصلح فعند محمد يجوز الصلح فوجب بدله فيكون رهنا بدين مضمون ظاهرا
فيكون مضمونا فان تصادقا انه لا دين وعند ابي يوسف لا يجوز الصلح ولا يجب البدل فكان رهنا بدين
من غير ثابت فيكون امانة وقد ذكر محمد في الاصل في هذا الباب رجوع ابي يوسف عن هذا القول فكان هذا
قوله الاول وهو المذكور في الجامع فكان من خصايص هذا الكتاب لانه غير مذكور في المبسوط وفي الحاصل هذه
المسالة على اربعة اوجه احدها ان يدعي صاحبها الايداع وهو يجحد والثاني اذا ادعى صاحب المال الايداع
والاستهلاك وهو ينكر او سكت ولم يدع الرد او الهلاك واقر بالوديعة وفي هذين الوجهين يجوز الصلح
بالاتفاق لان صاحبها يدعي عليه دينا بسبب لو اقر به لزمه فهذا صلح مع الانكار وذلك صحيح عندنا والثالث
اذا قال المودع رددتها او هلكت ولا يدعي صاحبها عليه الاستهلاك ولكنه كذبه فيما يقول او ساكتا او قال لا ادري وفيه
خلاف كما بينا وجه قول محمد ان صاحبها يدعي عليه الضمان بالمنع بعد الطلب فذلك منه بمنزلة الغصب ولو ادعى
غصبا على انسان ثم صالحه على مال جاز الصلح على زعم المدعي فهذا مثله ولان اليمين مستحقة على المودع فهو بهذا الصلح
يفدي يمينه بمال ورب المال ياخذ بدل حقه وذلك صحيح عندنا ولان قول الامين مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في الزام
تحقق القبض فبقي الضمان واجبا بزعم المودع وذلك كاف لجواز الصلح الا ترى انه لو امر المودع بدفع الوديعة الى غيره فادعى
الدفع وانكر القابض كان القول قوله في براءة نفسه عن الضمان لا في اثبات الدفع ولانه لما وافقه في الصلح فقد رجع
عن دعوى الضياع والوديعة بحجوده فصارت مضمونة عليه فيصح الصلح ولابي يوسف ان المودع امين فيثبت بخبره ما اخبر

به من دعوى الرد والهلاك لان تاثير كونه امينا فى قبول قوله شرعا فصار ثبوت ذلك لقوله كثبوته بالبينة ولو ثبت ذلك بالبينة لم يجز الصلح بعده يوجه اليمين على المودع لنفى التهمة عنه لا لان البراة لا تظهر بخبره ولهذا لو مات قبل ان يحلف فى قبل الصلح كانت البراة ثابتة واذا ثبت حصول البراة بخبره فهو كما لو ابرا المغصوب منه الغاصب من المستهلك ثم صالحه على مال وانما يجوز الصلح عن اليمين الذى هو حق المدعى خلفا عما فوت عليه المنكر للدعوى بزعمه وهذه اليمين ليست بتلك الصفة بل هى لنفى التهمة ولا يفدى مثلها بمال كالمراة اذا اخبرت بانقضا العدة فالقول قولها مع اليمين ولو صالحها لم يصح الا ترى ان هذه اليمين تسقط بموته بخلاف يمين المنكر فى الدعوى والخصومات فان وارثه يقوم مقامه فى ذلك حتى يحلف على العلم ولان المودع سلط على الاخبار بالرد والهلاك فقوله فى ذلك كقول المسلط وقوله رددت بمنزلة المودع استوفيت ولو اقر المودع بذلك ثم صالحه لم يجز الصلح والوجه الرابع اذا قال المودع رددتها او هلكت وقال المودع استهلكتها فاصطلحا بعد ذلك ففى قول ابى يوسف الاول وهو قول ابى حنيفة لا يجوز هذا الصلح ايضا ذكره فى رواية ابى حفص ويجوز فى قوله الاخر وهو قول محمد وهكذا ذكر فى المنتقى قال جواهر زاده والفتوى على قول ابى حنيفة وجه قوله الاول ما ذكرنا ان البراة تحصل له بقوله رددتها وقوله فى ذلك بمنزلة قول صاحبها والحكم الثابت بخبره لا يبطل بدعوى صاحبها الاستهلاك فكما ان قبل هذه الدعوى لو صالح لم يجز الصلح فكذلك بعده وجه قوله الاخر ان الرد وان ثبت بخبره فصاحبها يدعى عليه شيا اخر وهو الاستهلاك فصار ذلك كدعوى مبتداة عليه فيجوز ان يصالحه على مال الا ترى ان اليمين هنا على ما يدعيه صاحبها بخلاف الاول فهناك اليمين لا تسقط بموته ولكن يحلف الوارث على علم بالله ما استهلكها كما يدعيه صاحبها بخلاف الاول وهذا لان البراة تثبت بقوله رددتها بكونه امينا وذلك فى حكم القبض بجهة الوديعة وفى الفصل الاول لا يدعى صاحبها وجوب الدين عليه شيا اخر وهنا يدعى ذلك وقال بعض المشايخ رجوع ابى يوسف الى قول محمد فى فصل الاستهلاك رجوع فى الفصل الاول ايضا والصحيح ان الرجوع فى دعوى الاستهلاك خاصة والفرق له على قوله الاول انه لما قال المودع رددت وضاعت ولم يكذبه صار كانه صدقه من وجه ولو صدقه لا يجوز صلحه اما هنا كذبه صريحا فلو اعتبر قوله جاز الصلح ولو اعتبرنا قول الاخر لم يجز الصلح متى دار بين الجواز والفساد حمل على الجواز وان جحد الطالب ان يكون المستودع قال هذه المقالة قبل الصلح وادعى المستودع انه قد قالها فالصلح جائز وهذا التفريع على قول ابى يوسف خاصة اما عند محمد لا فائدة فى هذا الاختلاف لانه يجوز الصلح قبل هذه المقالة وبعدها وجه قول ابى يوسف ان اقدام المستودع على الصلح طايعا الالتزام منه للمال بسبب صحيح ظاهر فهو يريد بما ادعى بعد ذلك ان يبطل ما التزمه فلا يقبل قوله فى ذلك كالمراة اذا اختلعت من زوجها بعد الطلاق الرجعى ثم زعمت ان عدتها قد انقضت قبل الخلع لا يقبل قولها فان اقام المودع بينة بهذه المقالة برى من الصلح وان لم يكن له بينة فعلى الطالب يمين لانه يدعى عليه وجوب رد المال عليه فهو كالمختلعة اذا اقامت البينة على الزوج انه طلقها ثلثا قبل الخلع فان قيل هو مناقض فى الدعوى هنا ايضا ساع فى نقض ما تم به فينبغى ان لا تقبل بينته ولا يحلف خصمه كالبايع اذا زعم انه كان باع العين من فلان قبل ان يبيعه من هذا المشترى بخلاف الخلع فهناك هى مناقضة فى الدعوى ايضا الا ان البينة على الطلاق مقبولة من غير دعوى قلنا هو غير مناقض فى دعواه لان قبوله للصلح لا يكون اقرارا منه بوجوب شى عليه ولكنه مع خلاف ما يشهد به الظاهر لان العقود فى الظاهر محمول على الصحة فلا يقبل قوله فى ذلك الا بالبينة وعند عدم البينة القول قول خصمه مع اليمين

مع اليمين لكون الظاهر حجة وشاهدا له المشايخ لم يفرقوا بينهما اذا قال المالك استهلكتها وقال المودع ضاعت او رددت او قال المودع اولا ضاعت او رددت وقال المودع بل استهلكتها وذكروا الاختلاف فيهما جميعا وقال القاضى على السغدى اذا قال المودع اولا استهلكتها وقال المودع ضاعت او رددت يجوز الصلح فى قولهم قال الامام ظهير الدين المرغينانى وينبغى ان يكون هكذا لما ذكرنا من العلة لابى يوسف فى صورة الخلاف الا ان هذا يخالف قول العامة وقد نص فى المنتقى على الخلاف فى هذه الصورة ايضا وكذلك المضاربة وكل ما اصله امانة ثم فى كل موضع صح الصلح صار الرهن مضمونا لوجوب الضمان ظاهرا وفى كل موضع لا يصح لا يكون مضمونا رجل اشترى عبدا بالف درهم وقبضه واعطاه بالثمن رهنا قيمته الف فهلك فى يده ثم وجد العبد حرا او استحق ضمن المرتهن لان الرهن حصل بدين ثابت ظاهرا الا ترى ان قبل ظهور الحرية او الاستحقاق لو اختصما اجبر المشترى على ايفا الثمن رجل استاجر مغنية او نايحة باجر معلوم واعطاها بالاجر رهنا فضاع فى يدها فلا ضمان عليها لان الرهن حصل بدين غير ثابت اصلا لا فى الظاهر ولا فى الباطن الا ترى انه لا يجبره القاضى على الايفا بعد قبضه باذن المالك فيكون امانة وكذا لو اشترى مسلم من مسلم خمرا او خنزيرا او ميتة او حرا لان الرهن حصل بدين غير ثابت اصلا فلم يقابله دين مضمون فكان امانة ولو اشترى خلا بدرهم واعطاه بالثمن رهنا فضاع فى يده ثم علم انه كان خمرا ضمن المرتهن قيمة الرهن لان الرهن حصل بدين ثابت ظاهرا فكذا لو اشترى شاة مذبوحة واعطاه الثمن رهنا فهلك ثم علم انها كانت ميتة او ذبيحة مجوسى رجل قتل عبد رجل خطا واعطاه بالقيمة رهنا فضاع ثم علم انه كان حرا ضمن المرتهن اقل من قيمته ومن الرهن لانه حصل بدين ثابت ظاهرا وتجب الدية على عاقلة القاتل وكذا لو استهلك شاة مذبوحة ثم علم انها كانت ميتة ولو لم يظهر ذبحها ولا كونها ميتة لكن استحقها او العبد رجل واحد من المستهلك او القاتل القيمة وقد ضاع الرهن فى يد المرتهن رجع الراهن بالاقل من قيمة الرهن وقيمة الذى استهلكه لما قلنا وهذا لانه لم يتبين ان الدين لم يكن واجبا لكن تبين انه واجب لغير المرتهن وفى الموضع الذى تبين انه لم يكن واجبا لا يبطل الرهن ولا يخرج به من ان يكون مضمونا ففى الموضع الذى تبين انه واجب لكن لغيره اولى وفى المبسوط لو ارتهن عبدا بالف يساويها ثم تصادقا انه لم يكن عليه شى وقد مات العبد فعلى الراهن ان يرد عليه الف درهم لان عند هلاك الرهن كان الدين واجبا ظاهرا فيصير بهلاك الرهن مستوفيا فكانه استوفاه حقيقة ثم تصادقا ان لا دين يلزمه رد المستوفى وعن ابى يوسف انه لا شى عليه لانهما على انتفا الدين عند هلاك الرهن وتصادقهما حجة فى حقهما والاستيفا بدون الدين لا يتصور وكذا لو اخذ منه على ان يقرضه الفا لان الدين الموعود بمنزلة الدين المستحق فى انعقاد ضمان الرهن به كما ان المقبوض على سوم الشرا كالمقبوض على حقيقة الشرا فى حكم الضمان فبهلاك الرهن يصير مستوفيا فيجعل فى الحكم كانه استوفاه حقيقة فيلزمه رده وانما اورد هنا ايضاحا للاول فان كون الدين واجبا ظاهرا عند هلاك الرهن اقوى من الدين الموعود فاذا كان الرهن يهلك مضمونا بالدين الموعود ففيما كان واجبا ظاهرا اولى واذا كفل رجل بنفس رجل واعطاه رهنا بذلك وقبضه المرتهن لان الكفالة بالنفس ليس بمال والرهن يختص بحق يمكن استيفاوه من مالية الرهن وما ليس بمال لا يمكن استيفاوه من مالية الرهن وكذلك الرهن بالجراحات التى فيها القصاص ولا يضمن المرتهن ان هلك فى يده بغير فعله لانه قبض باذن المالك ولم ينعقد العقد بينهما اصلا لانعدام الدين فلا يثبت حكم الضمان وكذا الرهن بالشفعة والعارية والوديعة والاجارة وكل ما اصله امانة والرهن بالاعيان على ثلاثة اوجه فما كان امانة لا يصح الرهن بها لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفا واستيفا

العين من عين اخر غير ممكن والثاني الرهن بالاعيان المضمونة بغيره كالمبيع في يد البايع لا يجوز ايضا لما
قلنا وهذا لانه لا يجب بهلاكه حق على الضامن يستوفى منه بل ينفسخ البيع ويسقط الثمن فصار
بمنزلة غير المضمون والثالث الاعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب وهو صحيح لان موجب الغصب
رد العين ان امكن ورد القيمة عند تعذر رد العين وذلك دين يمكن استيفاوه من مالية الرهن ويجوز
الرهن بالاعيان المتزوج عليها والمختلع بها والمصالح عليها من دم العمد لانها مضمونة بنفسها الا ترى
انها لو هلكت يجب مثلها او قيمتها اما اذا تزوجها على دراهم بعينها واعطاها رهنا لم يجز عندنا لانها تتعين
عنده بل وجب المثل في الذمة فقد اخذ رهنا بما ليس بمضمون وعند زفر النقدين تتعين فصح الرهن فان هلكت
الاعيان قبل الرهن فالرهن مضمون بقيمة الاعيان لانه هو المضمون وان هلك الرهن بعده هلك
بالاقل من قيمته وقيمة العين والرهن بالدرك باطل لانه ليس بمال يمكن استيفاوه من مالية الرهن
بخلاف الكفالة بالدرك لان الكفالة تقبل الاضافة ولهذا لو كفل بما ذاب له على فلان يصح فكذا اذا
كفل بالدرك يكون مضافا الى حال لحوق الدرك فاما عقد الرهن لا يقبل الاضافة ولا يصح الا بدين
واجب فلا يمكن تصحيحه مضافا فاذا في الحال ضمان مال مستحق فبطل وهذا لان الرهن فيه معنى المبادلة وتعليق
المبادلة بالخطر باطل بخلاف الكفالة ولو هلك في يد المرتهن لم يضمن لانه ضمان استيفا والاستيفا
لا يسبق الوجوب وفي العيون رجل قال لاخر اقرضني فقال لا الا برهن فرهنه رهنا ثم ضاع الرهن قبل
ان يقرضه ولم يكن سمى ما يقرضه قال يعطيه ما شا فان قال اعطيك فلسا قال محمد لا يستحسن اقل من
من درهم لانه مقبوض على سوم الرهن ولا تسمية في القرض فلا يمكن اعتبار قيمته اذ لا تقدير في القرض فيعطيه
ما شا لان الابهام جا من قبله فلا يصدق في اقل من درهم استحسانا لان العادة لم تجر باستقراض اقل من درهم

باب الرهن الذي يضمن المرهون فيه قيمته او جميع الدين والاقرار على العبد بالدين

اصل الباب ان الثابت للمرتهن في المرهون حق متاكد ومن ملك اليد
بجهة الاستيفا على وجه ينقلب حقيقة استيفا في الثاني وهو حالة الهلاك وللراهن
للحال حقيقة الملك فكان المرهون من الراهن والمرتهن بمنزلة المبيع بين البايع
والمشتري قبل نقد الثمن فان ملك الرقبة للمشتري وملك اليد للبايع واذا كان ملك الرقبة
ثابتا للبايع نفذ منه التصرفات المختصة بملك الرقبة لان التصرفات المخصوصة بملك
اليد واذا احد التصرفان لم يكن التصرف قابلا للنقض لا ينقض كاعتاق احد
الشريكين لكن يضمن المولى ان امكن ايجاب الضمان عليه والا يسعى [illegible] كاعتاق
احد الشريكين وان كان التصرف قابلا للنقض كان [illegible] للمرتهن ان ينقضه كما في
كتابة احد الشريكين العبد المشترك وذلك بمنزلة مال المريض مرض الموت
فيما تعلق للورثة حق ينقلب حقيقة في ثاني الحال وللمريض حقيقة الملك
واذا كان ملك الرقبة قائما للراهن فاذا اعتقه نفذ اعتاقه فان كان موسرا يضمن
قيمته ويستوفي المرتهن بدينه ان [illegible] حالا وان كان موجلا يكون رهنا
عنده حتى يحل الدين ولا سعاية [illegible] وان كان معسرا سعى العبد في الاقل
من قيمته ومن الدين لان المالية تحت ملك المرتهن يدا لو تعلق لحقه

لحقه احتبس عنده وهو احد اقاويل الشافعي رحمه الله تعالى الا في السعاية وفي قول
لا ينفذ اعتاقه موسرا كان او معسرا وفي قول ان كان موسرا ينفذ وان
ويضمن قيمته وان كان معسرا لا ينفذ وهو المعتمد عنده قال الاعتاق
ازالة ملك اليمين بالقول فلا ينفذ من الراهن في المرهون كالبيع والهبة و
والاجارة وهذا لان امتناع نفوذ بيعه لمراعاة حق المرتهن فان حقه اما البيع
في الثمن او استيفا الدين من المالية على اختلاف الاصلين وابطال هذا
الحق عليه بالاعتاق اظهر منه بالبيع والبيع اسرع نفوذا من الاعتاق
ولهذا ينفذ بيع المكاتب والماذون ولا ينفذ عتقهما فاذا لم ينفذ البيع لمراعاة
حق المرتهن فلان لا ينفذ العتق اولى والدليل عليه ان المرهون كالخارج عن
ملك الراهن بدليل انه لو تلفه ضمن قيمته ولو جنى عليه يضمن الارش ولو
وطيها ويجب بكر ضمن العقر ولو كان زايلا عن ملكه حقيقة لم ينفذ عتقه
فكذا اذا كان كالزايل عن ملكه والدليل عليه ان حق المرتهن في المرهون
اقوى من حق الغرما في مال المريض بدليل ان هناك لا يمنع البيع
وهنا يمنع حق الغرما في العبد يمنع نفوذ عتق المريض اذا مات من مرضه
حق المرتهن اولى ولان حق المرتهن ناجز ثابت في ماليته وحق الغرما لم
موهوم لا يلزم على ما ذكرنا اعتاق المستاجر واعتاق المشتري قبل القبض
واعتاق احد الشريكين فانه ينفذ وان تضمن ابطال حق الغير لان عصمة
مال المسلم تمنع من ابطال ملكه وحقه هذه قاعدة مستمرة فلو ترك في
موضع كان ذلك اشكالا على الكل ولا يختص احد الخصمين بتخريجه ثم
في العبد المستاجر يعني عقد الاجارة بعد الاعتاق وله استخدامه
وهذا لان الحرية لا تنافي ابتدا الاجارة فلا تنافي بقاها بخلاف
الرهن واعتاق المشتري ان كان قبل نقد الثمن لا يصح لانه ابطال حق البايع
في الحبس وان كان بعده يصح لعدم حق البايع واعتاق العبد ثم
المشتري يصح في نصيبه ويبقى نصيب الاخر موقوفا مملوكا كما كان
وعلى احد القولين ان كان موسرا يصح ويضمن نصيب الشريك وان كان
معسرا لا يصح كما في هذه المسئلة وعلى القول الاخر بقول الراهن مالك
حقيقة وهو كالزايل عن ملكه حكما لحق المرتهن فان كان في اعتاقه ابطال
حق المرتهن لم ينفذ عتقه وان لم يكن فيه ابطال حقه فاذا كان موسرا ثم
فليس فيه ابطال حقه اصلا لان ايجاب الضمان عليه ممكن ولو
ولو الغينا العتق بطل حق العبد اصلا فلمراعاة حق العبد نفذنا العتق ايضا
ولمراعاة حق المرتهن اوجبنا الضمان ترجيحا لاهون الضررين واذا كان

معسرا ولو نفذنا العتق كان فيه ابطال حق المرتهن اصلا لان الاستسعاية عندي لا
تجب على العبد والسعاية في ذمة مفلسة تاوية فاذا كان في كل جانب ضرر
لابطال رجحنا جانب المرتهن لان حقه اسبق وهو نظير مذهبه في اعتاق احد
الشريكين فانه لا يتجزى اذا كان المعتق موسرا لامكان ايجاب الضمان
ويتجزى اذا كان معسرا ويستدام الرق فيما بقي مراعاة لحق الساكت
ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغوا كالمشتري اذا اعتق قبل القبض والاخر
اذا اعتق المستاجر والمولى اذا اعتق الماذون المديون وبيان الوصفان موجب
عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفا للمرتهن كما قلنا او حق البيع كما هو مذهبه
وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين فبقي العين على ملكه كما كان ودليل بقاء الملك
وجوب المونة والنفقة والكفن على الراهن ولو قتل خطا كانت القيمة له ثم حق
المرتهن انما يثبت في المالية والاعتاق تصرف في الرق بالازالة والرق غير المالية
الا ترى انه تثبت منفعة الرق بدون المالية في الجنسين وفي ام الولد والمالية
تنفصل عن الرق في غير بني ادم ولهذا لو حلف بعتق عبده ان دخل الدار ثم باعه
ثم اشتراه فدخل يعتق ويثبت الثمن بعد البيع لبقاء الرق وان زال الملك و
المالية عنه والاعتاق تصرف في الرق ولا حق للمرتهن فيه فلا بد من تنفيذه
باعتبار انه صادف محلا هو خالص حق الراهن الا ان المالية المشغولة بحق
المرتهن تتلف بهذا التصرف وقوام تلك المالية ببقاء الرق
ولكن هذا لا يمنع نفاذ التصرف كاعتاق الوارث العبد الموصى بخدمته
واعتاق الاجير ولهذا لو قتل المرهون ابن الراهن يقتل قصاصا ولو اقر
على نفسه بالقصاص يقتل لانه يصير ضامنا صيانة لحقه كما في العبد
المشترك ولهذا نفذ العتق في المبيع قبل القبض وانه في معنى المرهون لانه
محبوس الا ان الحبس يلاقي العين والمالية دون الرق وبه فارق البيع فانه
تمليك العين بصفة المالية وهو مشغول بحق المرتهن فقيام حقه
يمنع نفوذ بيعه كما ان حق الحبس للبايع يمنع نفوذ بيع المشتري وهذا
لان البيع كما يستدعي الملك في المحل يستدعي القدرة على التسليم ولهذا
لا ينفذ في الابق والمغصوب والجنين والمواجر فكذا في المرهون للعجز عن
التسليم بخلاف الاعتاق يوضحه ان نفوذ البيع يعتمد تمام الرضى ولهذا
لا ينفذ مع الهزل وشرط الخيار والكره فكذا مع عدم الرضا من صاحب
الحق اما العتق لا يعتمد نفوذه تمام الرضا حتى ينفذ مع الهزل وشرط الخيار
فاذا كان عدم الرضا من صاحب الملك لا يمنع نفوذه فمن صاحب الحق
اولى ولان البيع يرتد برد من ينتفع به وهو المشتري فيرتد برد من يتضرر

من يتضرر به وهو المرتهن والعتق لا يرتد برد من ينتفع به وهو العبد فكذا
لا يرتد برد من يتضرر به وهو المرتهن وحق المرتهن عندنا لا يلغوا الحق
الغرما لكن يخرج الى الحرية بالسعاية فهنا ايضا يجب ان لا يلغوا لان هناك هو
بمنزلة المكاتب ما دام يسعى وهنا يكون حرا لان العتق في المرض هو وصية
والوصية يتاخر عن الدين الا ان العتق لا يمكن رده فتجب السعاية في قيمته
لرد الوصية وبهذا تبين ان الواجب عليه بدل الرقبة ولا يسلم له البدل ما لم
يرد البدل وهنا السعاية على العبد ليس في بدل رقبته بل في الدين الذي في
ذمة الراهن لان حق المرتهن في ذلك فوجوب السعاية عليه لا يكون مانعا
من نفوذ عتقه في الحال ولهذا لو ايسر الراهن رجع عليه بما ادى وهناك
لا يرجع على احد ولا معنى لما قال ان المرهون في حكم الزائل عن ملك الراهن لان
عقد الرهن لا يزيل الملك في الحال ولا في الثاني ووجوب الضمان لان مالية
مشغولة بحق الغير وهذا لان وجوب الضمان انما يدل على عدم الملك ان لو
خرج عن ملكه وهنا لم يخرج بل يكون رهنا كالاول ولهذا وجب جميع القيمة وان لم
يكن الملك ثابتا للمرتهن من كل وجه فعلم ان وجوبه لقيامه مقام الاول وقوله
لا يمكنه الانتفاع به قلنا نفاذ الاعتاق لا يعتمد ولاية الانتفاع على انه انما لا يتمكن
من الانتفاع به لانه عين جهة الانتفاع وهو كونه مرهونا فلا يقدر على
الصرف من تلك الجهة الى غيره الا بالاسترجاع وعلى هذا سائر الاملاك
اذا انتفع بجهة لا يمكنه الانتفاع بجهة اخرى الا بالاسترجاع وترك الاول
الا ان هنا هذه الجهة لازمة لان تعلق في حق الغير ما هو في نفسه منتفع
به اقصى ما في الباب ان للمرتهن حقا يضاهي حقيقة الملك فيكونان كالشريكين
واعتاق احد الشريكين لا يمنع لحق الشريك الاخر ولان مراعاة الحق وان كان
متاكدا ولان ابطال العتق ابطال امر الحقيقة لا الى بدل والعباد ابطال امر الحق والحقيقة
الى بدل وهو الضمان وابطال الحقيقة لا الى بدل فوق ابطاله الى بدل دل عليه العبد
الموصى بخدمته فاعتبرنا اثر الحقيقة في النفاذ واثر الحق في الضمان عملا بهما
ولان في العتق حق الشرع وحق العبد ففي نفاذه رعاية الحقين وفي الراهن
حق المرتهن ففي منعه رعاية حق واحد ورعاية الحقين اولى وبهذا الطريق
ينفذ اعتاق المديون وما ذكرنا من المسائل لا يلزم على ما ذكرنا اعتاق
الوارث في التركة المستغرقة بالدين لانه لا ملك له عندنا اذا عرفنا
هذا قال محمد رحمه الله تعالى رجل رهن رجلا عبدا قيمته الف بالف فتغير
سعره ورجعت قيمته الى خمسماية لا يسقط شي من الدين عندنا خلافا لزفر
رحمه الله تعالى وقد ذكرنا فان اعتقه الراهن نفذ اعتاقه فان كان موسرا له

يضمن قيمته ويكون رهنا مكان العبد وان كان معسرا يبقى العبد للمرتهن في قيمته
يوم اعتقه ثم يرجع بها على المولى اذا ايسر ويرجع المرتهن على المولى بما بقي من
دينه وهو ما فضل من قيمته وان كان المولى موسرا حين اعتقه ثم صار معسرا قبل
اداء الضمان لا شي على العبد لان الاعتاق لم ينعقد موجبا للضمان على العبد وقت
وجوده فلا يجب ذلك كما لو كفل العبد عن المولى بامره او كفل المولى عنه بامره
وادى بعد العتق اما سعاية العبد في قيمته يوم اعتقه لان الراهن اذا اعتق
المرهون وهو معسر ينظر الى ثلثة اشياء الى قيمته يوم العتق والى ما كان
العبد مضمونا به والى ما كان محبوسا به فاي الاشيا الثلثة اقل يسعى في ذلك
اما اذا كانت قيمته اقل صورة المسئلة هذه وانما يسعى في الاقل لانه
احتبس بالعتق عند العبد من حق المرتهن هذا القدر فيسعى فيه
لا غير وهذا لان للمرتهن حق استيفا الدين من ماليته اذا قدر عليه فلما
اتخذ عجز عن اخذه لمكان العتق ياخذ قيمته يوم العتق وهذا لانه لا يكون اشق
حالا من الغاصب ولو غصب انسان في هذه الحالة وهلك في يده لا يضمن
اكثر من خمس مائة الا ترى ان الراهن لو وهبه من رجل وسلمه اليه فاستملكه
فاستمليكه الموهوب له او هلك في يده يغرم خمس مائة الا ان الموهوب
له يغرم قيمته يوم قبضه موسرا كان الراهن او معسرا لان العبد
وصل اليه بفعله فلا يختلف بين اليسار والاعسار اما هنا العبد وصلت
اليه نفسه بغير فعله فصار كاعتاق احد الشريكين الا ان ثمه
يسعى العبد في الاحوال كلها لانه لم يترك العتق عنده اي عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى وانما يسعى لنزول العتق ولهذا كان عبدا في حالة السعاية اما
هنا ترك العتق وانما يسعى في قدر ما احتبس عنده من ماليته فان قيل
لم يوجد من العبد جناية فلم يجب عليه الضمان قلنا الواجب ضمان
الاحتباس لان المنفعة تحصل له وهو وصول رقبته اليه وحريته
كالثوب اذا هبت به الريح والقته في صبغ غيره وكما لو كره رجلا
على اكل طعام رجل واكله وجب الضمان على الاكل وان كان مكروها لان
المنفعة قد حصلت له فصار ذلك الضمان ضمانا ببدل فاما اذا كان
اقل فصورتها اذا رهن عبدا قيمته الف بالفي درهم ثم زاد في يده
حتى صارت قيمته الفي درهم ثم اعتقه الراهن وهو معسر يسعى في الالف
قدر قيمته يوم الرهن وان كانت قيمته يوم الاعتاق الفين ومحبوسا بالفين
فان له ولاية الحبس الى ان يقبض الالفين وانما كان لان السعاية انما لزمته
لانه احتبس عنده بسبب العتق حق المرتهن حقا ينقلب حقيقة في الثاني عند

عند الهلاك لانه بهذا الاعتبار يصير العبد كالمشتري به وبين الراهن
اذ قيمة العبد هنا ضعف حق المرتهن وانما ينقلب حقيقة في الثاني بقدر
ما كان العبد مضمونا بالدين وهو قدر الف واما اذا كان ما هو المحبوس
يوم الاعتاق اقل من المضمون ومن قيمته صورته اذا رهن عبدا بالف قيمته
الف وادى الراهن تسع مائة ثم اعتقه وهو معسر سعى العبد في مائة وان
كانت قيمته الفان ومضمون بالف حتى لو هلك يسترد الراهن تسع مائة
وانما كان كذلك لان للراهن ولاية الافتكاك باداء المائة فكان العبد حالة
الاعتاق مضمونا بمائة من حيث الاعتبار لانه لا يزاد على قيمته لانه لم
يحتبس عنده اكثر من قيمته ولا يزاد على الدين لان الضمان لاجل الدين
ولا ضرورة في الزيادة وان كانت محبوسة لانه انما يسعى لكون
ماليته مشغولة بحق يضاهي الملك وذلك بحق يصير مستوفيا حتى
يصير كالمالك اياه وهذا المعنى انما يتحقق فيما هو مضمون لا فيما هو امانة
ولا يزاد على قيمته يوم الرهن لان العبد لو هلك يهلك بالالف فلا يزاد عليه اذا لم
ثبت هذا فنقول في مسئلتنا قيمة العبد اقل الاشياء الثلاثة فان قيمته
خمس مائة وهو مضمون بالف ومحبوس بالف فيسعى في قيمته فرق بين
هذا وبين المولى اذا اعتق العبد المديون بمائة يسعى في جميع الدين لم
والفرق وهو ان قدر القيمة في العبد المديون وجب بسبب
ما احتبس عنده من حق الغريم والزيادة على ذلك لان الدين عليه وهنا
الدين على الراهن وانما يضمن لانه محل الاستيفا صار مصروفا اليه
فيسعى في قدر ما صرف اليه لا في الزيادة ولان ثمة الدين عليه حقيقة
وقد ازداد حلية الوجوب بالعتق فلا معنى لسقوط شي منه وهنا الدين
على المولى حقيقة لكن يلزمه رد ما تعلق به حق الغير ولهذا لا يرجع ثمة
لانه ادى دينا واجبا عليه وهنا يرجع لانه ادى دين الراهن من خالص
ملكه لانه انما سعى بعد العتق فكان كسبه له وهو مجبر على ادائه فكان له الرجوع
عليه اذا لم يسلم له العوض وهنا لم يسلم ولانه انما لزمه بسبب باشره المولى فيكون
كالمامور من قبله فرق بين هذا وبين العبد المشترك اذا سعى للساكت حيث
لا يرجع على المعتق لانه سلم له العوض اما عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى فلان
نصيب الساكت لم يعتق وهو بالسعاية يبيع نصيبه كانه كاتبه على ذلك
فقد استفاد في مقابلته شيئا يجوز مقابلته بالضمان فقد ملك العبد
بالسعاية نصيب الساكت اما هنا الثابت مجرد حق فلا يجوز ان يكون مقابلا
بشي فبقي ساعيا في دين غيره عن ضرورة فيرجع عليه واما عندهما وان لم يكن

وان لم يكن نصيب الشريك على ملكه ولكن الشرع انما حكم بالتعدى الى نصيب الشريك التكميل العتق نظرا للعبد فيكون نفع ذلك راجعا الى العبد ولم يوجد من العتق مباشرة المعتق في نصيبه فاستقام ايجاب الضمان عليه بطريق الاصالة وهنا لا يسعى لتمليك العتق وانما يسعى لاحتباس ماليته عنده الا ترى انه عند رده معنى زال تعلق حق الغير عن ماليته ونفذ اعتاق المولى في خالص ملكه وقضيته هذا ان لا يجب شيء على العبد الا انه وقع فيه نظر بالضرورة محتملا عن الغير فيرجع عليه ولان المعتق ملك نصيب الساكت ملكا لا قرار له لانه ملك ملكا يزول من ساعته والذى لا قرار له نعتبر ثابتا من وجه في حق بعض الاحكام ولا يعتبر ثابتا من وجه في حق بعض الاحكام كالملك الثابت للوكيل بالشرى فانه ثابت في حق حقوق العقد غير ثابت في حق الاحكام اخر حتى لا يعتق عليه ولا يفسد النكاح وكذلك هنا يجعل الملك للمعتق ثابتا في حق بعض الاحكام باقيا على ملك الساكت في حق بعض الاحكام ثم ينتقل الى ملك العبد بالسعاية واما رجوع المرتهن على المولى بخمس مائة لان بنقصان السعر لم يصر مستوفيا وقد وصل اليه من العبد خمس مائة فيرجع على الراهن بخمسمائة اخرى بخلاف ما اذا هلك العبد في يده بعد ما تغير سعره فانه يسقط كل الدين لان عند هلاكه في ضمان المرتهن فصار عنده مستوفيا دينه ايضا بالقبض السابق فاعتبرت قيمته يوم القبض لان المعتبر قيمته يوم دخل في ضمانه ولهذا لو رهن عبدا قيمته الف بالف وقبضه ثم اعاره من الراهن ثم استرده منه وقيمته خمس مائة فهلك يهلك بالف لانه صار مضمونا بالقبض الاول فتعتبر قيمته يومئذ وهنا بالاعتاق صار هالكا في ضمان الراهن الا ترى انه صار مستردا معنى كما يصير قابضا باعتاق المبيع قبل القبض ومستردا باعتاق المغصوب ولو استرده حقيقة الا ليس انه لا يتحقق معنى الاستيفا بما تقدم من القبض فكذا اذا صار مستردا فلهذا يستوفي جميع دينه بعضه من العبد وبعضه من الراهن المشترى اذا اعتق العبد المشترا قبل نقد الثمن قبل القبض وهو معسر فليس للبايع ان يستسعي العبد في شيء رجع ابو يوسف رحمه الله تعالى عن هذا وقال له ان يستسعي العبد في الاقل من قيمته ومن الثمن ذكره هشام رحمه الله تعالى في نوادره وجعله قياس المرهون فان له حق الحبس ويتقدم على الغرما كالمرتهن ووجه الفرق على ظاهر الرواية ان بعقد الرهن يثبت للمرتهن حق الاستيفا من مالية الراهن وتلك المالية احتبست عند العبد باعتاقه فكان له استيفاؤه لما تقدر عليه الوصول الى حقه لعسرته فاما البايع ما كان له حق استيفا الثمن من مالية المبيع ولكن كان له ملك العين واليد وازال الملك العين بالبيع ويبقى له اليد الى ان يصل اليه الثمن وبالاعتاق فات يده ومجرد اليد غير متقوم على العبد فلا يستسعيه لاجل ذلك ولان البيع لا يوجب الحبس للبايع مقصودا

مقصودا اذا المقصود بالبيع غير الحبس فضعف معنى الحبس من حيث انه غير مقصود فلم يوجد السعاية بخلاف الرهن لانه اوجب الحبس مقصودا فكان تعلق حق المرتهن برقبته اقوى الا ترى ان حق البايع يبطل باعارته من المشترى وحق المرتهن لا ثم نفوذ تصرف المشترى بتسليط البايع اياه على ذلك فيمتنع هذا التسليط ثبوت حقه في الاستيفا بخلاف تصرف الراهن بل الراهن التزم له حق الاستيفا من المالية والعتق يبطل هذا الالتزام ولو رهن عبدا قيمته الف بالف درهم فقتله عبد قيمته مائة ودفع به فهو رهن بجميع الدين لانه قام مقام الاول لحما ودما كان الاول قائم فان رجع سعره الى مائة فلا يسقط شيء من الدين عندنا لزفر رحمه الله تعالى ذكرنا فان اعتقه الراهن وهو معسر سعى في قيمته مائة ويرجع المرتهن على الراهن بتسع مائة لما قلنا انه انما يسعى بقدر ما يسلم له من المالية المشغولة بقدر الدين المتعلقة به حق الغير وقد يسلم هذا القدر وهذا لما ذكرنا انه ينظر الى قيمة المقتول يوم الرهن والى قيمة القاتل يوم الاعتاق والى الدين فيسعى في الاقل ولو ولو قتل عبد قيمته الفان ودفع واعتقه الراهن وهو معسر فانه يسعى في الف كان الاول قائم وازدادت قيمته لما ذكرنا وكذا لو كانت قيمة العبد يوم رهنه الف ورهنه بالفي درهم فزادت قيمته من بدن او سعر حتى صار يساوى الفي درهم فانه لا يستسعى الا بالفين لانه لو لم يرد لا يستسعى الا بجميع الدين ولو هلك في يده يهلك بالف وهو قيمته يوم القبض لانه يصير مضمونا بذلك والزيادة ايجادية بعد ذلك غير معتبرة لما ذكرنا ان زيادة المتصلة غير معتبرة لانه لم يرد عليه العقد ولا يعتبر مقصودة بالقبض فكان وجودها وعدمها بمنزلة ولو اعتقه وهو معسر سعى في الف لما ذكرنا ان الزيادة غير معتبرة ولان الدين صار مضمونا به هو الالف لانه اقل الاشيا الثلاثة ولو لم تزد قيمته ولكن كانت جارية فولدت ولدا يساوى الفا فاعتقهما المولى وهو معسر سعيا في الالف لا غير ويرجعا بذلك على المولى ويرجع صاحب الدين على المولى بما بقى من دينه لان الراهن لما اعتقهما صار قابضا للولد كالمشترى اذا اعتق المبيع قبل القبض فان قسم الدين عليهما نصفين لان قيمة الولد يوم القبض وقيمة الام يوم العقد سوا فصار كل واحد منهما مضمونا بنصف الدين او نصف كل واحدة منهما مضمون ونصفه امانة فيجب على كل واحد منهما السعاية في قدر ما كان مضمونا منهما لان ذلك اقل ولو لم يزد ولم يلد لكن جنى يساوى الفين فدفع بها ثم اعتقه الراهن وهو معسر سعى في الالف

لان المدفوع قائم مقام الجارية وهي تسعى في الاقل وهو الالف فكان الجواب فيه
والجواب فيما اذا كانت قائمة واذا ازدادت نسواء العامة مقامها رجل رهن عند
رجل عبدًا مساويًا الفا بالفين فازدادت قيمته حتى بلغت الفين ثم دبره مولاه
وهو معسر مع التدبير بالاتفاق اما عندنا فلان التدبير يوجب حق
العتق له واذا كان لا يمتنع حقيقة العتق لحق المرتهن فحق العتق اولى واما
عند الشافعي رحمه الله تعالى فلان المدبر لا يمنع البيع فلا يكون مبطلا
لحق المرتهن ويسعى المدبر في جميع قيمته ولا يرجع على المولى اما السعاية فلان
بالتدبير ثبت له حق الحرية والمولى معسر ولو ثبت له حق الحرية والمولى لم
معسر ولو ثبت له حقيقة الحرية مع عسر المولى يسعى لحق المرتهن لم
فكذا هذا واما السعاية في جميع الدين بكل حال فرق بين التدبير
والاعتاق في ثلاث مواضع احدها ان المدبر يسعى في يسار المولى
لان اكتسابه على ملكه فجاز لصاحب الدين ان يستوفي منها كما يستوفي من
سائر اموال الراهن بخلاف الاعتاق لان كسبه خالص ملكه والثاني ان
في الدين بالغا ما بلغ لان كسبه ملك المولى فامكن ايفاء جميع الدين من
كسبه لان دين الانسان اذا قضي من ماله لم يعتبر بعضه دون بعض
ولهذا لو كانت قيمته اقل من الدين يسعى في جميع الالف وهذا لانه
لو قدر على رد المدبر يجب رده الى الراهن فاذا عجز عن رده وجب رد
كسبه لان كسبه قائم مقامه كما ان المكاتب اذا كان مات يقوم كسبه
مقامه في بقاء الكتابة وثبوت الحرية بخلاف المعتق لان كسبه ملكه وانما
يلزمه السعاية في قدر ما سلم له والثالث ان المدبر لا يرجع على المولى والمعتق
يرجع لما ذكرنا ان كسب المدبر ملك المولى فقد قضى دينه من ماله ولان مملوكه
ولا يجب للمملوك على مولاه دين بخلاف المعتق على ما ذكرنا وقد قالوا الراهن
اذا دبر المرهون اذا استولد المرهونة سعيت في جميع الدين ان كان حالا وان
كان موجلا لم يسع الا في مقدار قيمته لان الموجل لا يجب قضاؤه وانما
يجب عوض رد الرهن ليكون وثيقة في يد المرتهن وهذا المعنى يتحقق بقدر
بقدر القيمة ثم اذا حل الاجل ياخذ بقية دينه اما اذا كان حالا فقضاؤه واجب
فلم يختص القضاء من مال الراهن ببعضه دون بعض فان اعتقه بعد ذلك
فالسعاية عليه على حالها لانه لما وجب السعاية في الالفين بعلة الكسب صار
الالفان دينا في الذمة وكل دين وجب في ذمة العبد يتعلق برقبته اذا كانت
برقبته وفاء وهنا برقبته وفاء فاذا اعتق سلم له رقبته وكل عبد مسلم له رقبته التي
تعلق بها الدين يسعى في قيمته بكل الرقبة وقد سلم له هنا رقبة تعلق بها الفان

الفان فيسعى في الالفين وهذا لان الدين احد تعلقا برقبته وكسبه جميعا
فاستقام ان يتعلق بكمال رقبته وكسبه كما لو اقر المولى عليه بدين فانه يلزمه
ان يسعى فيه بالغا ما بلغ لان اقراره صح مطلقا غير مقدر بماليته لانه صح باعتبار
ماليته وكسبه وذلك غير محصور فكانه اقر على نفسه معنى لانه يلزمه
برقبته وكسبه وكلاهما ملكه وفي اعتاقه التعلق بالرقبة تحتبس من غير ان
يتعدى الى اكسابه فلهذا يسعى بقدر الشغل ولو لم تزدد قيمته حتى انه دبره
سعى في الالفين ايضا لما قلنا فان اعتقه بعد التدبير وقد قضى عليه بالسعاية
في الدين او لم يقض فكانه اعتقه قبل التدبير ولا يلزمه السعاية الا في مقدار قيمته
خالص حقه فلا يلزمه السعاية الا في الاقل من الاشياء الثلاثة لانه لم يحتبس
عنده الا الف درهم وصار كانه اعتقه ابتداء الا انه يخالف الاعتاق من وجه وهو
ان ما سعى فيه قبل العتق لا يرجع به على المولى وما سعى بعده يرجع لما ذكرنا فان ازدادت
قيمته بعد التدبير وبلغت الفين ثم اعتقه سعى في الالفين لانه وجبت السعاية
في الالفين بعلة الكسب فصار الالفان دينا في ذمته لكن ما يتعلق
برقبته الا قدر الف لانه ليس في رقبته وفاء بالالفين فاذا صار في
رقبته وفاء بالالفين فاذا صار في رقبته وفاء بالالفين تعلق الفان
فاذا تعلق وسلم له مثل هذه الرقبة يسعى في قيمته ولو لم تزد قيمته لم
حتى سعى في الالف وبقيت الف ثم اعتقه سعى في قيمته لانه وجب في
ذمته الفان لكن تعلق بالرقبة الف فاذا سعى في الالف تعلق الالف الباقي
برقبته فاذا اعتقه فسلم له تلك الرقبة سعى في قيمة الرقبة ولان
الالف الاول استوفي من مال المولى ولهذا لا يرجع به على المولى وما
بالاعتاق احتبس ماليته فيسعى فيه فيرجع به على المولى وهذا لان
التعلق ظاهر بقدر ما بقي بمنزلة ما لو اقر المولى عليه بالفي درهم وسعى
في الف ثم اعتق يسعى فيما بقي فالاقرار وما نحن فيه سواء لانه اكتساب
سبب وجوب الدين عليه وللمولى عليه هذه الولاية باعتبار انه
يلي في حق نفسه لما ذكرنا وانما يصير ملاقيا حق العبد يوم العتق فلا
يوخذ بما يزيد على رقبته ويوخذ بقدر قيمته ذكر الكرخي رحمه الله
تعالى في شرحه حيث قال وما ذكر من السعاية لا خلاف فيه اذا كان
الرهن معلوما فاما اذا قال المولى لعبده قد رهنتك عند فلان بالف
وكذبه العبد ثم اعتقه وهو معسر لزم العبد السعاية عندنا وقال
زفر رحمه الله تعالى لا سعاية عليه لانه لا يملك ايجاب الضمان على
العبد بقوله بعد الحرية كما لو اقر بعد العتق لنا انه اقر بتعلق

الدين برقبته في حال تملك الرقبة وتملك تعلق الدين بها بالاقرار فلا يلتفت
الى تكذيب العبد وصار كالدين المعلوم بخلاف ما لو اعتقه ثم اقر
لانه اقر عليه في حال لا يملك رقبته ولا يملك تعليق الدين بها
فلم ينفذ اقراره وفي المبسوط اذا رهن الرجل امة بالف درهم وقيمتها
خمس مائة ثم قبضها فكاتبها فللمرتهن ان يبطل الكتابة لان الكتابة
تحتمل الفسخ وفي نفوذها اضرار بالمرتهن فكان له ان يفسخ كما يفسخ
مع الراهن وكما يفسخ احد الشريكين كتابة شريكه ولو لم يكاتبها ولكن
دبرها فسعت في خمس مائة درهم ثم ماتت وقد ولدت بنتا تساوي
خمس مائة فعلى الولد ان يسعى في خمس مائة لان الباقي من الدين هذا القدر
وولدها بمنزلتها مدبرة للراهن وهو احق بكسبها فكما كان على الام السعاية
بحق المرتهن فكذا عليها وان سعت البنت في مائة درهم ثم ولدت ابنة ثم ماتت
الابنة الاولى وقيمة الاولى والسفلى سوا فعلى السفلى ان تسعى فيما بقي
عليه لانها كالاولى مدبرة للراهن وهو احق بكسبها والسفلى جزء من الاولى
فبقاؤها كبقاء الاولى وهي ولد المستسعاة فيلزمها من السعاية ما يلزم
الاولى ولو رهن اثنين بالف وقيمة كل واحدة منهما الف ثم دبرهما
ثم ماتت احديهما سعت الباقية في نصف الدين لان الدين و
يضمن المولى نصف الدين لان الدين انقسم عليهما بحكم الرهن نصفين
ووجوب السعاية على كل واحدة بقدر ما فيها من الدين وهو النصف لانه بالتدبير
صار مستردا لهما فكانه افتكهما ثم ماتت فعليه قضا ما كان فيها
من الدين والله تعالى اعلم فان قيل فاين ذهب قولكم ان السعاية
على المدبرة باعتبار ان المولى مالك لكسبها موسر بهذا الطريق قلنا نعم
لكن السعاية لها عليها بهذا الطريق كان بحكم الرهن في الدين الذي
كانت هي مرهونة به فانها لو لم تكن مرهونة لم يكن عليها السعاية في ديون
المولى ما دام حيا وكل واحدة منهما كانت مرهونة بنصف الدين مقصودا
بخلاف الاول فالسعاية على الولد باعتبار انه جزء من اجزاء الام لان حكم
الرهن ثابت فيه بطريق التبعية والام كانت مرهونة بجميع الدين
وكان عليها السعاية في جميع الدين بهذا الطريق فيجب ذلك على
ولدها الذي هو جزء منها اذا كان بمثلها في الصفة فان ولدت الباقية
بنتا ثم ماتت قبل ان تسعى في شي وقيمتها مثل قيمة امها او اقل او اكثر سعت
في خمس مائة لما قلنا فان كانت قد ولدتها قبل التدبير ثم لم
دبرهما وقيمتها مثل قيمة امها سعت في مائتين وخمسين لان حكم

لان حكم الرهن في الولد حين انفصل قبل التدبير وانقسم ما في الام من
من الدين على قيمتها وقيمة الولد بشرط بقا الولد الى يوم الفكاك كذلك
وقد بقي فانه صار مقصودا بالتدبير وذلك بمنزلة الفكاك لانه يخرجه
من الرهن فوجب عليها السعاية فيما كان فيها من الدين وهو مايتان
وخمسون واذا صار مقصودا بوجوب السعاية لم يكن تبعا للام فلا
يلزمه السعاية فيما كان على الام بخلاف الاول فهناك انما انفصل الولد
بعد ما خرجت الام من الرهن بالتدبير فلم يصر مقصودا ايضا بالسعاية
في شي حين لم يصر مقصودا بالفكاك بل هو في حكم جزء من الام فعليه
السعاية فيما وجب عليها بخلاف ما اذا انفصل الولد حرا لانه ليس على
صفة الام فان كسبه ليس لمولاه بل هو احق به فلا يمكن ان يجعل تبعا في
السعاية الواجبة بحكم الرهن ولو استولد الراهن الامة المرهونة صح
استيلاده وبطل الرهن وهو الصحيح من مذهب الشافعي رضي الله تعالى
عنه لان الاستيلاد دعته لما كان ينفذ بحق الملك للاب في جارية ولده عنده
فلان ينفذ بحقيقة الملك للراهن فيها اولى ثم هو على وجهين اما ان يدعي الولد
قبل الولادة او بعدها ففي الوجه الاول سعت الام في جميع الدين لم
بمنزلة المدبرة لان كسبها ملك المولى فالراهن موسر قادر على ادا الدين
بكسبها ولو كان قادرا على قضا الدين بما لسا حرا امر بقضا الدين فكذلك اذا
كان قادرا على عليه بكسبها وليس على الولد شي من السعاية لانه انفصل حرا
بعد خروج الام من الرهن فكسبه يكون مملوكا له دون المولى فلا يكون المولى
قادرا على قضا الدين بكسبه ويوضحه ان الولد الذي انفصل من الام حرا
لا يثبت فيه حكم الرهن لانه ليس بمحل لوجوب السعاية عليه باعتبار
حكم الرهن بخلاف ما اذا انفصل مدبرا لانه جزء الام وحكم الرهن من حيث
الاستسعا في الدين ثابت فيها فكذا في الجزء الذي انفصل منها وان كانت
الدعوة بعد الولادة فللراهن ان يستسعي الام والولد جميعا كما في التدبير
لانها لما ولدت صار المولود رهنا معها بحصته من الدين فلما ادعى صار كانه
اعتقه كان بعدما دخل في الرهن فيجب عليه السعاية بحصة نصيبه لان في
العتق ينظر الى الاقل من ثلاثة اشياء الى المعبر والى قيمته يوم الرهن
والى قيمته يوم العتق رهنا ينظر الى حصته من الدين والى قيمته يوم الدعوة
ويسعى في الاقل منها فان ولدت ولدا اخر من غير سعي معها في الدين لان
هذا الولد جزء منها وقد انفصل بصفتها فلزمه السعاية بحكم الرهن لانها
ولدت من ام مستسعاة مشغولة بالدين فصار بمنزلة ولد المكاتبة وولد الامة

المديونة بخلاف الاول لانه حر الاصل فلا يجب عليه شئ ولو كان
الرهن عبدا يساوى خمس ماية بالف فاعتقه وهو معسر ثم مات
وترك خمس ماية فان الراهن ياخذها ويسعى له العبد في مايتين و
خمسين لان الواجب على العبد السعاية في مقدار قيمته وذلك
نصفا الذي سايغ في الكل والخمس ماية التي استوفاها من التركة نصفها
مما وقت على العبد السعاية فيه وهو في ذلك كالكفيل عن المولى
والاستيفاء عن الاصيل يوجب براة الكفيل ولهذا يسعى في نصف ما
بقي وهو مايتان وخمسون ولانه اخذ الخمس ماية شايعا نصفها مما كان
مضمونا على العبد ونصفها مما لم يكن مضمونا يسعى مما كان مضمونا نصفه ولو
كان العبد سعى له في قيمته قبل موته والمسئلة بحالها كانت الخمس
ماية بين المرتهن والعبد نصفين لان الباقي من دين المرتهن خمس ماية
والعبد قد استوجب الرجوع على الراهن بالخمس ماية فتنقسم تركته بينهما
على قدر دينهما واذا رهن رجلان عبدا بالف درهم وقيمته الف فاعتقه احدهما
وهو موسر فهو ضامن من حصته من الدين خمس ماية وحكى شريكه مثلها
لان العبد خرج من الرهن عندهما لعدم تجزي العتق وعند ابي حنيفة رحمه
رحمه الله تعالى معتق البعض لا يستدام فيه الرق فهو كالمكاتب فعلى
كل واحد منهما قضا ما عليه من الدين والحكم بين الشريكين في التضمين
او الاستسعا معروف وان كان المعتق معسرا فللمرتهن ان يستسعى
العبد في الالف كلها لان حقه كان تاما في جميع ماليته وقد احتبس عنه
ثم رجع العبد على المعتق بخمسماية لما ذكرنا ولا يرجع على الاخر بشئ لان
الاخر قد استوجب عليه السعاية في نصف القيمة وذلك لاحتباس نصيبه
عنده فيصير قصاصا ولو اعتقه احدهما ثم دبره الاخر فان كانا
معسرين فهو كما وصفنا وان كانا موسرين ضمنا الالف للمرتهن
وسعى المدبر لمدبره في نصف قيمته مدبرا لانه بتدبير نصيبه صار
مختارا سعاية العبد في نصيبه فانه يصير مستسعا ملكه في نصيبه
ويمنعه ذلك من تضمين المعتق ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشئ لان
الاول هو المتلف والثاني قد ابرا الاول عن الضمان ولم يلتفت عليه شيئا
عبد اقر عليه مولاه بالاستهلاك الف درهم وقيمته الف والعبد ينكر
ثم انه انتقصت قيمة العبد من السعر فرجعت الى ماية ثم اعتقه المولى
واراد صاحب المال اتباع العبد فانه يسعى له بماية درهم ولو كانت قيمته

يوم الاقرار ماية ثم ازدادت وصارت يوم الاعتاق الفا فانه يتبعه بالف درهم
وانما ينظر الى قيمته يوم الاعتاق لا يوم الاقرار لان اقرار المولى بالدين عليه
انما يصح باعتبار ماله من المالية فيه لا من حيث انه يوجب دينا عليه لان
محل الايجاب غير مملوك له وانما يصح باعتبار عدم التهمة ولا تهمة في
مقدار ماليته لان حق المولى فكان اقرارا على نفسه وفيما زاد على ذلك لاحق
له فيه فكان اقرارا على الغير فاذا صارت ماليته يوم العتق ماية فقد هلك
من ملكه قد تسع ماية فبطل تقديره من الاقرار والاقرار ولانه انقلب
اقراره عليه يوم العتق فلا يظهر في حقه الا بقدر قيمته يومئذ وصار
كما لو اقر على عبدين باستهلاك مال ثم مات احدهما يستوفى من الاخر لم
نصفه واذا صارت قيمته يوم العتق الفا صار الكل مستحق الصرف الى الغرما
باقرار قد صح قبل ذلك فيسعى في قدر ما احتبس عنده لانه انقلب اقراره
عليه يوم العتق فرق بينه وبين الرهن فانه هنا يسعى في الاقل من قيمته
يوم العتق ومن الدين المقر به وفي الرهن ينظر الى الاشيا الثلاثة والفرق
ان العبد هنا غير مضمون بالدين الذي اقر به المولى بدليل انه لو مات لا يسقط
الدين حتى يستوفي من كسبه واذا لم يكن مضمونا بالدين لا ينظر اليه وانما لم
ينظر اليه وانما ينظر الى قيمته يوم العتق والى قدر الدين لان اقرار المولى
عليه نفذ بقدر قيمته فمتى كان الدين اقل كان المقر به هذا القدر ولانه لا
مطالب للزيادة ومتى كانت القيمة اقل كان النافذ هذا القدر اما الرهن
مضمون بالدين ان كان الدين اقل وبالقيمة ان كانت اقل ومحبوس بالدين ولهذا
نظرنا الى اقل الاشيا الثلاثة فان قيل هنا نفذ اقراره بقدر الالف لان
قيمته يوم الاقرار كانت الفا فوجب ان يسعى في الاصل قيل له نعم لكن انما
نفذ اقراره بالالف باعتبار مالية العبد فاذا انتقصت قيمته بطل اقراره
بقدر ما انتقص ولان الدين هنا يستوفى من رقبته ولهذا يباع فيه وانما حبس لم
رقبته بالعتق فينظر الى قيمته يوم العتق الا اذا كان الدين اقل لانعدام المطالب
للزيادة اما في الرهن الدين على المولى وانما يسعى لاجل الضرورة ولهذا يرجع
على المولى ولا يسعى اذا كان المولى موسرا فيسعى في اقل الثلاثة وانما يفترقان
ان في الرهن يسعى في قيمته يوم الرهن اذا كان اقل لما ذكرنا ان السعاية في الرهن لاجل
الضرورة ولا ضرورة في الزيادة على قيمته يوم الرهن لانه لو هلك بغير قيمته يوم

يعتبر قيمته يوم الرهن ولو كانت قيمة العبد يوم الاقرار الفا فقتله عبد قيمته
الف ودفع به ثم اعتقه المولى واختار المولى ابتاعه سعى في الف درهم لقيامه
مقام المقتول ولو قتله عبد يساوي مائة ودفع به ثم اعتقه واختار المرتهن
ابتاعه يبيعه بمائة ولو كانت قيمة المقتول مائة وقيمة القاتل الف فاعتقه وهو لم
يساوي الفا يبيعه بالف لانه قام مقام الاول لحما ودما فصار كان الاول قائم
ولو كان قائما يعتبر قيمته يوم الاعتاق كذلك هنا باب
من البيع والعارية في الرهن وغيره بوكالة القاضي اصل الباب ان
القاضي نصب لايفاء الحقوق المحرمة وتوفيرها على المستحقين وليس له ولاية
تعيينها وتعطيلها لانه نصب ناظرا للمسلمين والحقوق في العصمة على السوا
كالاعتاق والديون المجتمعة في التركة اذا ضاقت التركة عن الوفا بالكل وحرف
اخر ان المرتهن حق حبس المرهون حتى يصل اليه جميع الدين رهن به لانه
لانه رهن بكل جزء من اجزاء الدين على ما ذكرنا فلا يجوز ازالة يده بغير رضاه
حتى يصل اليه جميع حقه وحرف ان اعارة العين لرهن الدين صحيحة كالاعارة
في سائر وجوه الانتفاعات لانه انتفاع مقصود بالعين وهو الحبس توثيقا
بدين عليه فكان بسبيل منه كما في غيره من الوجوه وهذا لان الدين
تعلق بمالية الرهن فالمعير رضي بتعلق صاحب الدين بملكه واستيفاء
ماليته به كما ان الكفيل بالدين يلتزم المطالبة في ذمته على وجه يستحق
به قضاء الدين من ماله وذلك منه تبرع صحيح فهذا مثله دل عليه انه لو امر
عبده بان يكفل بمال صح والدين لا يجب على العبد على الاشيا الا شاغلا لمالية
رقبته فاذا ملك تنقل مالية رقبة العبد بطريق الاذن بالكفالة يملك ذلك
بطريق الاعارة للرهن وهذا لان الثابت للمرتهن بالرهن بعض ما يثبت له
بحقيقة الاستيفا وهو ملك اليد فاذا جاز ان يثبت له ملك اليد له
والعين بايفا الدين من ماله على وجه التبرع يجوز ان يثبت له ملك اليد بالرهن
ايضا واذا جاز ان ينفصل ملك اليد عن ملكه العين بقا للبايع جاز ان ينفصل
ملك اليد عن ملكه ملك العين سوها للرهن ثم ان اطلق الاعارة بالرهن فما رهن
به من قليل او كثير واي شخص كان فهو جائز لانه اطلق الاعارة فالتقييد بشيء
زيادة فلا يثبت ذلك بالمطلق وهذا الاطلاق يمنع صحة الاعارة لانه لا يفضي
الى المنازعة بمنزلة الاعارة للانتفاع مطلقا ولو سمى له قدرا وجنسا او شخصا

شخصا ليس له ان يتعدى عنه اما اذا رهنه باكثر فلان الشخص اي الانسان قد
رضي بحبس ملكه بما تيسر عليه او على المستعير قضاؤه دون ما يتعسر عليهما
واما اذا رهنه باقل فلانه رضي ان يكون الغير مضمونا بذلك القدر حتى اذا هلك
يرجع عليه بذلك فلم يكن راضيا بالرجوع عليه باقل من ذلك القدر والحاصل
ان التقييد متى كان مفيدا كان معتبرا والتقييد هنا مفيد في المنع من الزيادة
والنقصان واعتبار الجنس والشخص والمكان فيعتبر فان خالف فالمعير بالخيار
ان شاء ضمن المستعير وتم العقد بينه وبين المرتهن وان شاء ضمن
المرتهن على الراهن بالدين وتمام ضمن كما لو استحق الرهن وحرف
اخر من قضى دين غيره بامره او بغير امره مضطرا لا يوصف بالتبرع
حتى يرجع على المديون لانه انما يكون متبرعا ان لو كان مختارا فيه
ولهذا قلنا ان الوصي اذا انفق على اليتيم او على ماله او قضى دينا عليه
او المتولي اذا انفق في مال الوقف لا يكون متبرعا لانه مضطر في ذلك
وكذا الوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه فقد نقده الموكل اولا ثم
اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله تعالى رجل استعار من رجل
جارية ليرهنها بالف درهم فاعار ورهنها به جاز وليس له ان يستردها وان
كانت الاعارة في نفسها تبرعا والتبرع لا يكون لازما لان التبرع انما
يكون لازما اذا لم يتعلق به لازما اذا لم يتعلق به حق ثالث اما اذا تعلق
فلانه ليس بتبرع في حق الثالث بل هو حينئذ استيفاء حقه من وجه لاحتمال
ان ينقلب حقيقة في الثاني ولهذا لا يملك استردادها الا ترى ان
المشتري شراء فاسدا او الموهوب له اذا رهن المبيع او الموهوب
يبطل حق البائع والواهب في الاسترداد في الحال كذلك هنا فان
مات المستعير ولم يدع مالا وطلبا وطلب الغريم بيع الجارية بالدين
لم يبع وكان رهنا حتى يفتكها المعير اما عدم البيع فلان المعير لم
يرض بزوالها عن ملكه وانما رضي بكونها محبوسة في يد المستعير فرق
بين هذا وبينما اذا كان المرهون ملك الراهن فمات وطلبا وطلب
المرتهن من القاضي ان يبيع الجارية فانه يبيعها ويقضي دينه والفرق
ان حق الغريم يتعلق بمال المديون بعد موته ولهذا يباع بدينه وان لم يكن
رهنا لان امر الرهن في التقدم على سائر الغرما لا في حق البيع فاذا
كان رهنا كان اولى وفي العارية المرهون ليس مال المديون ليتعلق
حق الغريم بهذا المال واما بقاؤها رهنا حتى يفتكها المعير لان المرتهن
لم يرض بزوال يده عن الرهن حتى يصل اليه جميع دينه الذي كانت الجارية مرهونة

مرهونة به والمعير رضي بحق الحبس للمرتهن حتى يصل اليه دينه حيث اعارها للرهن
فان قال صاحبها ابيعها واوفي الدين من ثمنها وابى المرتهن بيعها حتى
يستوفي الدين فهذا على ثلاثة اوجه اما ان يكون في ثمن الجارية وفاء بدين
المرتهن وزيادة او فيه وفا لا غير او لم يكن فيه وفاء ففي الوجه الاول والثاني
تباع ولا يلتفت الى ابائه وان كان فيه ازالة يده عن الرهن قبل وصول الدين
اليه بغير رضاه لانه لا ضرر للمرتهن في هذا البيع بل يصل اليه حقه للحال
ولهذا لا يشترط رضى المرتهن حال حياة المستعير ولانه متعنت في الابا
والحبس ليس لحق مقصود انما هو وسيلة الى حقه فمتى وصل اليه حقه بطل
حقه في الوسيلة ثم رجع المعير بما اخذ منه من ثمن الجارية في مال
المستعير اذا ظهر له مال الا ترى انه لو قضى الدين في حال حياته له ان يرجع
عليه فكذا بعد موته والفقه فيه انه قضى دينه بامره لانه متى استعار الجارية ليرهنها
مع علمه انه ربما تهلك فيصير موفيا دينه طلب منه ان يقضي دينه من ماله
فصار الرضى بعقد الرهن رضى بالقضا بقضا الدين من ماله ومن قضى دين غيره
بامره كان له ان يرجع عليه ولهذا لو تبرع بقضا الدين من ماله ومن قضى دين غيره
بامره كان له ان يرجع عليه ولهذا لو تبرع بقضا الدين في حياة المستعير يجبر
المرتهن على القبول بخلاف ما اذا تبرع اجنبي لانه متبرع على الطالب فله ان لا
يقبل تبرعه اما هنا المرتهن رضي باستيفا دينه من ملك المعير فلا فرق في
حقه بين مالية الرهن وبين مال اخر يعطيه وهو في الابا بعد الرضى يكون
متعنتا وبهذا الحرف يرجع المعير على الراهن بما ادى عنه لان الراهن
رضي بان يصير دينه مقضيا بملك المعير على وجه يرجع عليه وهو ما اذا هلك
الرهن فلا فرق في ذلك بين مالية الرهن وبين مال اخر يؤديه ولانه لا
لا يتوصل الى ماليته الا بالفكاك فكان ماذونا فيه فلا يكون له
لانه يتوصل بقضا دينه الى سلامة ملكه فصار كالوارث اذا قضى دين
الميت يرجع في التركة وكصاحب العلو اذا بنى السفل وفي الوجه الثالث لا
لا يباع الا برضاه لان فيه ضررا عليه وهو ازالة يده من غير ان يصل الى حقه لم
بتمامه بعد البيع وهو غير متعنت في الابا لان له فيه فائدة لانه ربما يضجر
المعير بحبسه فيقضي جميع دينه من سعاية المرهون او بمال اخر وقد رضي به حيث
اعار الرهن وذكر الكرخي رحمه الله تعالى في مختصره في قضا المعير انه انما يرجع
بمقدار المضمون الذي كان المرتهن مستوفيا له بهلاكه والله اعلم بيانه
اذا اعاره عبدا قيمته مائة واذن له ان يرهنه بما ثنين فافتكه المعير بما ثنين

بما ثنين رجع بمائة لان العبد لو هلك في يد المرتهن صار مستوفيا هذا القدر لم يكن للراهن
ان يرجع باكثر منه فكذلك اذا قضى بنفسه لم يرجع باكثر منه ولا يقال فهو لا يتوصل الى خلاص
عبده الا بقضا جميع الدين لانا نقول استيفا المرتهن بالهلاك كاستيفائه بالمباشرة
فلا يرجع المعير اذا وفى بالمباشرة الا بما يرجع به اذا وفى من طريق الحكم وهذا لما ذكرنا ان
قبض الرهن قبض الاستيفا من مالية المرهون فهو انما امر بقضا الدين من مقدار ماليته
فلا يرجع بالزيادة ولو لم يمت المستعير لكن مات المعير والمستعير موسر اخذ منه الدين
وردت الجارية على المعير يريد به على ورثته وان كان المستعير معسرا كانت رهنا على حالها
لان ورثة المعير قاموا مقام المعير ولو كان المعير حيا ليس له ان ياخذ الجارية الا بعد
وصول الدين الى المرتهن وهذا لانه وجب للمرتهن حق في المرهون حال حياته ويتقدم عليه
فيه وليس له ابطاله فكذا في حق ورثته فان قيل الاعارة والاجارة يبطل بموت المعير
والاجير فلماذا لا يبطل هنا بموته قلنا لان الجارية صارت رهنا باذن المعير ولو انه
رهن بنفسه لا يبطل بموته فكذا اذا رهن غيره باذنه وان كان للمعير غرماء وورثة واراد
وا بيعها وابى المرتهن فان كان في ثمنها وفاء بدين المستعير او يصل بيعت ويقضى
دين المرتهن ويرد الفضل على الغرما والورثة وان لم يكن فيه وفاء لم يبع الا ان رضي المرتهن
كما في حيوة المعير وان كان وفاء فاراد غرما المعير بيعها وابى ذلك الورثة وغرما المستعير
لم يبع حتى يجتمعوا هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى قال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى انما يعتبر
رضى الغرما اذا لم يكن في الثمن وفاء بدين المعير والمستعير اما اذا كان لا يلتفت الى ابا غرما المعير
لانه يصل اليهم حقهم بالكمال فكانوا متعنتين في الاباء فاما اذا لم يكن فيه وفاء بدينهما يفيد اباؤهم
لانه اذا بيع يقدم دين المستعير فيبطل حقهم ولو لم يبع ربما يقضي المستعير دين نفسه او
يتبرع انسان بقضا دينه فتسلم الجارية لهم فاما اباء الورثة في الحالين جميعا يكون معتبرا
الا ترى ان لهم ان يقضوا الدين ويستخلصوا التركة لانفسهم فكان في البيع ابطال حقهم
ولانه اذا لم يبع ربما يقضي المستعير دين نفسه او يسقط دينه بسبب من الاسباب
ويسلم الجارية لهم فيبيعون ويقضون دين غرما المعير ويبقى الفضل لهم وان مات المعير
والمستعير فهو بمنزلة موت المعير وحده في جميع ما ذكرنا لان بموتهما لا تتغير حقوق
غرمائهما ولا حقوق ورثتهما ولو لم يمت المستعير لكن مات المعير والمستعير موسر اخذ
منه الدين وردت الجارية على المعير يريد به على ورثته وان كان المستعير معسرا كانت
رهنا على حالها لان ورثة المعير قاموا مقامه ولو كان المعير حيا ليس له ان ياخذ الجارية
الا بعد وصول الدين الى المرتهن فان قيل اذا مات المستعير فقد فات من يقضي
دين المرتهن فلا معنى للتربص في هذه الحالة لانه لم يبق من يقضي دين المستعير فلا
يعتبر رضاهم واباهم قيل له التربص يفيد فانه ربما يتطوع انسان بقضا دين المستعير او يبريه
رب الدين فيسلم الجارية لورثة المعير وغرمائه فيزداد حقهم في المبسوط اذا استعار من رجل

عبد ليرهنه بدينه وقيمته الف ورهنه بالف ثم ان مولاه اعتقه وهو موسر ضمن المال للمرتهن
لانه كان راضيا بتعلق حق المرتهن بماليته الرهن حين اعاره ثم اتلف على المرتهن ذلك
بالاعتاق فيضمن له مثله فيرجع به على الراهن لانه قضى بما ادى دين الراهن وهو مجبر على
ذلك الا ترى انه لو قضى الدين ليسترد الرهن يرجع على الراهن فكذا اذا استرد بالاعتاق
وضمنه للمرتهن وهذا لان الراهن رضي برجوعه عليه متى صار دينه مقضيا بملكه الا ترى
انه لو هلك يرجع بمقدار الدين فكذلك اذا قضى بما لا خر وان كان المعتق معسرا والراهن
موسرا ضمن راهن المال ولم يرجع على احد بشيء لانه قضى دين نفسه بماله وان كانا
معسرين فللمرتهن ان يضمن ايهما شاء اما الراهن فلقيام دينه عليه واما المعتق لانا فد محل حقه وان كانا
معسرين سعى العبد في جميع ذلك لان الماليته سلمت له وقد كانت مشغولة بحق المرتهن ثم
يرجع العبد على ايهما شاء ان شاء على الراهن لانه كان مجبرا على قضاء دينه بملك نفسه بسبب رضي
به الراهن وهو عقد الرهن وان شاء على مولاه لانه هو الذي الزمه ذلك باعتاقه فان رجع على مولى
رجع به مولاه على الراهن كما لو كان المرتهن هو الذي رجع به على المولى وهذا لان اصل الدين على
الراهن ولو استعار ثوبا ليرهنه بعشرة ورهنه بعشرة وقيمته بعشرة او اكثر فهلك في يد المرتهن
بطل الدين ويرجع رب الثوب عليه بعشرة لانه قبض الثوب وسلمه برضاه لكن صار قابضا
دينه بهذا القدر من ماليته ومن قضى دينه بمال الغير يضمن مثله وكذا لو اصابه عيب ذهب من
الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب الدين عليه فان كان الثوب فيساوي خمسة وهو رهن بعشرة
فهلك في يد المرتهن ذهب بخمسة وعلى الراهن خمسة وهو مقدار الزيادة على قيمة الرهن من الدين
وعليه خمسة لرب الثوب لانه صار موفيا خمسة من دينه بمالية ثوبه فيغرم له مثله ولو هلك الثوب
عند المستعير قبل ان يرهنه بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه حفظ العين في الحالين باذن المالك
وبهذا الهلاك لا يصير قاضيا شيا من دينه بماليته **باب**
من الرهن والجناية عليه اصل الباب ان رهن المولى العبد المجني عليه بما يجري الجاني على ضمان
السراية كالبيع لانه عقد استيفا يصير حقيقة الاستيفا عند الهلاك والاستيفا لا ينفك عن ملك
مضمون مقابلا بما في ذمة من عليه الدين فيكون في معنى البيع والبيع قاطع لسراية الجناية والجامع بينهما هو
ان البيع انما يقطع السراية لانه تعذر ايجاب الضمان لانه لا يخلو اما ان يجب الضمان للبايع او للمشتري
لا وجه الى الاول لان السراية ما حصلت في ملكه ولا وجه الى الثاني لان السراية بيع البداية ما حصلت
في يد المشتري ولا في ملكه هذا المعنى موجود في الرهن ولان المحل صار مضمونا على المشتري والمرتهن
فلا يبقى مضمونا على الجاني لان المحل الواحد لا يكون مضمونا على شخصين بضمانين مختلفين ولهذا قلنا
لو قطع يد عبد عمدا فاعتقه مولاه ثم مات من الجناية فان كان للعبد وارث سوى المولى لا يجب القصاص
بالاجماع لاشتباه المستوفي لانا ان نظرنا الى ابتدا الجناية كان الاستيفا للمولى لحصول الجناية على
ملكه وان نظرنا الى حالة الموت كان الاستيفا للوارث لانه حر عند الموت وجهالة المستوفي تمنع
القصاص كما لو باعه ثم مات عند المشتري انقطعت السراية وكان على القاطع ارش اليد وتبطل السراية

السراية ولا يمكن افراد سراية عن الجناية لان قطع يد العبد لا توجب القصاص فان قيل الرهن
لا يزول الملك فلا يقطع السراية بخلاف البيع قيل له يزول وعند الهلاك والبراة عن ضمان
السراية انما يحصل عند الهلاك لا قبله حتى ان الراهن اذا افتك الرهن قبل السراية ثم سرى ضمن
الجاني جميع بدل العبد المرهون لا بدل الطرف الا ان السراية انما تنقطع بقدر المضمون لا بقدر
الامانة لان معنى القضى لا يتحقق الا في المضمون اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله تعالى رجل قطع
يد جارية لرجل قيمتها الف ورجعت قيمتها الى خمس مائة فرهنها المولى بخمسمائة فماتت من القطع
في يد المرتهن فالرهن بما فيه ويرجع المولى على القاطع بنصف القيمة في ماله حالا وهو ارش اليد
اما صحة الرهن لانها بعد القطع محل البيع فكانت محلا للرهن واما الرهن بما فيه لانه هلك في يد
المرتهن بسبب لم يصر الراهن مستردا واما الرجوع على القاطع بنصف قيمة الرهن في ماله حالا
اما النصف فلان الجاني بري عن ضمان السراية بالرهن لما قلنا واما في ماله حالا ولان الجناية فيما دون
النفس في المملوك توجب ضمان المال لان الطرف يلحق بالاموال بدليل عدم جريان القصاص بين طرف
الحر والعبد وبين العبدين وان تساويا قيمة وضمان المال يجب عليه بالغة ما بلغت لا على العاقلة
ولو لم تمت الجارية لكن ولدت ولدا يساوي خمسمائة ثم ماتت وبقي ولدها صار نصف الدين في
الولد لانها لما ولدت ولدا يساوي خمسمائة انقسم الدين الذي كان في الام بينها وبين
ولدها نصفان لاستوا قيمتها للحال على تقدير بقا قيمة الولد الى وقت الفكاك كذلك فاذا ماتت
الام ذهب بما فيها من نصف الدين وذلك مايتان وخمسون وبقي في الولد نصفه
مايتان وخمسون ويرجع المولى على القاطع بسبع مائة وخمسين ويدفع من ذلك مايتين
وخمسين الى المرتهن فتكون رهنا مع الولد لان الجارية لما ماتت بعد تحول نصف الدين
الى الولد ظهر ان الرهن كان في النصف الجارية عقد ايفا وفي نصفها عقد امانة لانه ظهر
ان نصفها كان مضمونا ونصفها امانة فالعقد في النصف كان في المعنى البيع فيوجب لم
البراة عن ضمان السراية وفي النصف كان في معنى الوديعة ولانه لا يوجب البراة
عن ضمان السراية لانه لا يوجب ببدل المستحق فوجب على القاطع ضمان سراية
النصف وذلك خمسمائة وضمان قطع نصف اليد وذلك مايتان وخمسون فيكون
سبع مائة وخمسون ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى في الكتاب ان جميع ذلك يكون في
ماله حالة او البعض في ماله والبعض على العاقلة وذكرا بو الحسن الكرخي رحمه الله تعالى
عن محمد رحمه الله تعالى ان خمسمائة وذلك يجب على العاقلة عاقلة الجاني اذا كان
لعاقلة موجلا في ثلث سنين ومايتان وخمسون يجب في ماله حالا لان خمس
مائة ضمان السراية وانه ضمان ادمي ومايتان وخمسون ضمان القطع وانه ضمان مال وذكر
شيخ الاسلام علي الاسبيجابي رحمه الله تعالى انه يرجع عليه بسبع مائة وخمسين لم
ويكون خمسمائة ضمان النفس حتى يجب موجلا ومايتان وخمسون ضمان الطرف فيجب
حالا الا انه يجب كله في ماله لانه وضع المسئلة في الاقرار ولو كان معاينة يجب ما

ما هو ضمان النفس على العاقلة والمايتان والخمسون الذي اخذ من القاطع حالا لا يدفع الى
المرتهن لانه بدل الطرف وحق المرتهن لا يتعلق بالطرف لانه منفصل وقت الرهن اما
الذي ياخذه موجلا من القاطع وذلك خمس مائة يدفع نصفه الى المرتهن لان هذا القدر
قائم مقام نصف الجارية ونصف نفس الجارية كان محبوسا مع النصف الاخر في يد المرتهن
وان كانت امانة غير مضمونة فكذا بدلها ايضا محبوسا مع الولد عند المرتهن
فان هلك المايتان والخمسون هلكت بغير شيء بقي الولد رهنا بمائتين وخمسين
لان المائتين والخمسين كان بدلا عما كان امانة في يده وهو الذي سرى فيه الجناية
الى النفس فكان حكمه حكم اصله ولو هلك الولد بعد ذلك ايضا غرم المرتهن المائتين
والخمسين للراهن وهو ما قبض منه فيردها عليه فيردها الراهن على القاطع لان الولد
لما هلك قبل الفكاك وتبين انا اخطانا في القسمة لانا قسمنا الدين بين الام و
الولد نصفين فاذا هلك الولد قبل الفكاك ظهر ان الدين كله كان بالام وقد
هلكت بجميع ما فيها من الدين وظهر ان المرتهن استوفى جميع دينه بهلاك الام
وذلك خمس مائة وانه قبض مائتين وخمسين درهما وليس له حق القبض لانه لما هلكت
الام كلها مضمونة بجميع الدين ظهر ان القاطع كان بريا من السراية وان عليه ارش اليد
خمس مائة لا غير وقد اخذ مائتين وخمسين من القاطع بغير حق فكان الراهن في حق
القاطع بمنزلة الغاصب والمرتهن بمنزلة غاصب الغاصب وعلى غاصب الغاصب
ان يرد المغصوب على الغاصب الاول ليرده الاول على المغصوب منه ان كان قائما
او مثله او قيمته ان كان هالكا فكذلك هنا هكذا ذكر في الكتاب وهو محمول على ما اذا ثبت
القطع بالاقرار حتى يجب والكل في مال الجاني اما اذا ثبت معاينة حتى وجب الخمس مائة
على العاقلة فالمايتان والخمسون الذي في يد المرتهن مال العاقلة فيرد الراهن عليهم لا على
القاطع ويرد الراهن على العاقلة مائتين وخمسين ايضا الذي في يده لانه اخذ منهم خمس
مائة وقد تبين انه لم يكن عليهم شيء لانقطاع السراية ويرجع الراهن على القاطع
بمائتين وخمسين لانه تبين ان الواجب على القاطع خمس مائة لانقطاع السراية
وقد اخذ منه مائتين وخمسين فيرجع بالباقي وكذلك ان لم تهلك المايتان والخمسون
حتى هلك الولد ثم هلكت الدراهم لان المعنى يجمعهما قال محمد رحمة الله تعالى في
الاصل ولا نشبه هذا الغصب يريد به اذا قطع يد جارية انسان قيمتها الف درهم ثم جاء
رجل وغصب الجارية من مولاها وهلكت في يد الغاصب من القطع كان المولى بالخيار
ان شاء ضمن القاطع ارش اليد وما نقصها القطع من قيمتها الى يوم الغصب ويضمن
الغاصب قيمتها منقوصة يوم غصبها ولا يرجع احدهما على صاحبه بشيء وفي الرهن
ليس للراهن هذا الخيار ولا ياخذ الا من القاطع خمس مائة وان كان الغصب يفيد الملك

يفيد الملك في المضمون عند الهلاك كالرهن والفرق ان الرهن بمنزلة البيع وقد
حصل برضى المولى فامكن ان يجعل الراهن مبريا للقاطع عن ضمان السراية بالرهن فاما
الغصب وان كان في معنى البيع الا انه لم يحصل برضى المولى فلا يمكنها جعله مبريا عن ضمان
السراية بالغصب فيثبت له الخيار هكذا اشار محمد رحمة الله تعالى الى الفرق الا انه غير
سديد فان الرهن والبيع انما صار قاطعا حكم السراية لتعذر اعتبار القبض على ما ذكرنا
في اصل الباب وفيما يرجع الى التعذر الحاصل بالرضى وغير الرضى سوا والفرق الصحيح ان
الرهن عند الهلاك يصير في معنى البيع شاء الراهن او ابى فكان قاطعا حكم السراية اما
الغصب انما يصير في معنى البيع اذا اختار المالك تضمين الغاصب جميع القيمة فقبل
ان يختار لا يكون قاطعا فلهذا كان له الخيار ان شاء ضمن القاطع جميع القيمة لانه صار
قاتلا وان شاء ضمنه ارش اليد وما نقصه القطع من القيمة الى يوم الغصب ثم يضمن
الغاصب قيمتها مقطوعة منقوصة قالوا ويجب بالرهن ان يضمن الراهن القاطع
ارش القطع وما انتقص من قيمتها الى يوم الرهن لانه انما يبرى القاطع عن سراية ما
كان بعد الرهن مضمونا فيضمن ما فات بالسراية قبل الرهن ولان الغصب في نفسه
ليس بسبب الملك بل هو في نفسه عدوان وظلم فلا يشبه البيع بخلاف الرهن فانه
عقد شرعي يفيد الملك من وجه في الحال وينقلب حقيقة عند الهلاك فاشبه البيع ولو ضمن
الغاصب ابتدا نصف القيمة اخذ الغصب شبها بالبيع لانه يفيد الملك في المضمون في
مقابلة الضمان فانقطعت السراية حينئذ فلا يضمن القطع الا ارش الطرف او نقول
لا فرق بينهما في الحقيقة وفي الحاصل لان الرهن لما هلك في يد المرتهن صار الراهن مستوفيا
خمس مائة قصاصا وقياس هذا من الغصب خمس مائة وثمة لم يكن له ان ياخذ من القاطع
الا خمس مائة فلا فرق حينئذ وروى عن ابي يوسف رحمة الله تعالى انه قال ان شاء ضمن
القاطع جميع الالف ثم القاطع يرجع على المرتهن بخمس مائة وفي العيون ولو ان رجلا
جنى على عبد رجل فرهنه مولاه ثم افتكه فمات من تلك الجناية فله ان يتبع صاحب الجناية
بجميع القيمة ولو كان القطع عمدا ففي القياس يجب الضمان وفي الاستحسان لا يجب
وتجب القيمة وكذا لو وهب ثم رجع في هبته او باع فرد بعيب بقضاء فاضلان الجناية
قد تقررت موجبة للضمان والرهن لا يعدم السبب فلا يسقط الواجب فاذا افتك
الرهن عاد الى ما كان عليه في الابتداء فيوخذ بجميع القيمة واما اذا كان عمدا فلان السبب
انعقد موجبا للقصاص لانه عمد محض لكنا استحسنا لان بالرهن انعقد ضمان اخر وصار
مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين ولان المولى بالرهن صار كالمبرئ لمن الجناية فتصير
شبهة مسقطة للقياس القصاص وكذلك في الهبة والرد بالعيب لان بالاسترداد عاد الى
ما كان عليه الا ترى ان للراهن الاول ان يرجع فيه وللمردود عليه ان يرد على بايعه والله اعلم
كتاب الشركة باب الشركة بين الرجلين اصل الباب ان الشركة على نوعين

شركة ملك وشركة عقد فالاولى على وجهين احدهما ان يتملكا عينا بفعلهما كالشرى
والهبة والوصية او الاستيلاء او بغير فعلهما كالميراث وحكمها انه يجوز تصرف كل واحد
منهما في نصيبه باذن شريكه وبغير اذنه معه او مع اجنبي ولا يجوز تصرفه في نصيب
شريكه الا باذنه والثاني ان يختلط مالهما باختيارهما او بغير اختيارهما لا بفعل احد
او بفعل احدهما ولكن لا يعرف الفاعل وحكمها انه يجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه
ولا يجوز من غير شريكه واما شركة العقود فالجائز منها اربعة وهي المفاوضة والعنان
وشركة الوجوه وشركة العمل ويسمى شركة الابدان وشركة الصانع والمضاربة
للشركة في الربح فشركة المفاوضة نذكرها بعد هذا ان شاء الله تعالى واما شركة
العنان فهو ان يشترك في المال ليشتريا ويبيعا ويكون الربح بينهما ولها شرائط بعضها
متفق عليه وبعضها مختلف فيه اما المتفق عليه ان يكون راس المال حاضرا في
مجلس العقد او مشارا اليه في مكان اخر ولا يكون دينا في الذمة فيشترط حضرته عند
العقد او عند الشرى لان التحلية شرط لجوازها ليتهيا لكل واحد منهما العمل وذلك
لا يتحقق في الدين في الذمة وان يكون راس المال من الاثمان حتى لا يتعين عند الشرى
كيلا يؤدي الى ربح ما لم يضمن واما بالتبر ففي ظاهر المذهب وهو رواية المضاربة لا يجوز
وذكر في الصرف ان من اشترى بتبر بعينه شيئا فهلك قبل القبض لا يبطل العقد فقد
جعل التبر كالنقود حتى قال لا يتعين بالتعيين فعلى هذه الرواية يجوز والحاصل ان
هذا يختلف باختلاف العرف والبلدان فان كانت المبايعة بين الناس في بلدة
بالتبر فهو كالنقود لا يتعين وتجوز الشركة به وان لم يكن وهو كالعروض يتعين
ولا يجوز الشركة به واما بالفلوس النافقة لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله تعالى ويجوز عند محمد رحمة الله تعالى وذكر الكرخي رحمة الله تعالى ترك
ابي يوسف مع محمد رحمة الله تعالى والاصح ما قلنا وهو بنا على ان بيع فلس
بعينه بفلسين باعيانهما يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى
كالجوز والبيض وعند محمد رحمة الله لا يجوز ولا يتعين كالنقود وقد ذكرنا
في البيوع واما بالعروض من الدواب والثياب والعبيد لا يصح عندنا وعند
ابن ابي ليلى ومالك رحمهما الله تعالى يجوز للتعامل ولحاجة الناس الى ذلك
واعتبار الشركة العقد بشركة الملك وفي الكتاب علل الفساد فقال لان
راس المال مجهول يريد به ان العروض ليست من ذوات الامثال وعند القسمة
لا بد من تحصيل راس المال ليظهر الربح وتحصيله عند القسمة يكون باعتبار القيمة وطريق
معرفتها الحزر والظن ولا يثبت اليقين ولهذا لم يجوز الشركة بالفلوس لان الرواج
باصطلاح الناس فربما احدثوا فلسا اخر فكسدت الاولى فيؤدي الى جهالة راس المال
عند القسمة لان راس المال عند القسمة يحصل باعتبار المالية لا باعتبار العدد ومالية الفلوس تختلف

تختلف بالرواج والكساد وروى الحسن رحمة الله تعالى عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى ان المضاربة بالفلوس
الرائجة تصح وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى الشركة بها صحيحة ولا يصح المضاربة وفرق فقال
في المضاربة يحصل راس المال اولا ليظهر الربح وربما تكسد فلا يعرف ماليتها بعد الكساد الا بالحزر
والظن ولا وجه لاعتبار العدد لما فيه من الاضرار بصاحب المال فاما في الشركة يمكن تحصيل
راس المال كل واحد منهما باعتبار العدد لان حالهما فيه سوا ولا يختص احدهما بالضرر ولان الشركة
تختص براس مال يكون اول التصرف فيه شرى لا بيعا وفي العروض اول التصرف فيه يكون بيعا فكل
واحد منهما يكون موكلا لصاحبه بيبيع متاعه على ان يكون له بعض ربحه وانه لا يجوز وصحة الشركة
باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا يصح الوكالة لا يصح الشركة والمعنى فيه ان الوكيل بالبيع وكيل
امين فاذا اشترط لجزء من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن والوكيل بالشرى يكون ضامنا للثمن في
ذمته فاذا شرط لجزء من الربح كان ذلك ربح ما قد ضمن ولانه ربما يظهر الربح في ملك احدهما من غير تصرف بسعر
السعر فلو جاز استحق الاجير حصته من ذلك الربح من غير ضمان فيرور بما يحصل احدهما براجع سعر
عروضه وربح الاجير واما بالمكيل والموزون والعددي المتفق في القدر والصفة فان لم يختلطا فليسا
بشريكين لان هذه الاشيا بمنزلة العروض يستحق اعيانها بالعقد واول التصرف فيها بعد الشركة يكون
بيعا كالعروض وان اختلطا فهو بينهما وما ربحا فيه فهو لهما وما وضعا فعليهما لانه بما ملكهما او خسران
على ملكهما ومن شرائط الجواز ان يكون الربح مشروطا على وجه لا يؤدي الى قطع الشركة في الربح وان
يكون ما وردت عليه الشركة من التصرف قابلا للوكالة لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في ماله
بالتصرف ولهذا لا تصح الشركة في الاحتطاب والاحتشاش لانه لا يقبل الوكالة واما المختلف فيه اتحاد
جنس راس المال شرط قياسا فهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى حتى لو كان راس مال احدهما دراهم
وراس مال الاخر دنانير لا تصح الشركة وفي الاستحسان ليس بشرط وتصح الشركة وهو مذهب علمائنا الثلثة
رحمهم الله تعالى وعلى هذا لو كان راس مال احدهما بيضا وراس مال الاخر سودا والاصل عند الشافعي رضي
الله تعالى عنه ان شركة الملك اصل ثم شركة العقد تبتني عليه قال لان الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك
انما يتحقق في الملك والمعتبر في كل عقد ما هو قضية اسم ذلك العقد كالحوالة والكفالة والصرف
فاذا خلط المالين على وجه لا يمكن تمييز احدهما عن الاخر فقد ثبتت الشركة في الملك فينبني عليه العقد
فاما قبل الخلط للشركة في الملك لم يثبت حتى اذا هلك راس مال احدهما كان الهلاك عليه خاصة فلا تثبت شركة
العقد لان الاختلاط فيه لا يتحقق مقصودا ولهذا لا يجوز شركة العمل لانعدام الشركة في الملك والخلط في
لا يتحقق عندنا موجب شركة العقد الوكالة على معنى ان كل واحد منهما وكيل صاحبه في الشرا بالمال الذي عنده
ولهذا شرطنا تعيين المال عند العقد او عند الشرا لان الوكالة بالشرا بماله لا تصح الا به فانه بدون تعيين المال
يكون الوكيل مشتريا بما في ذمته وهذا التوكيل صحيح بدون خلط المالين ومعنى الاختلاط الذي تقتضيه لم
الشركة في المشترى بالمال والربح في راس المال وذلك ثابت بدون الخلطة وكذا عند زفر رحمة الله تعالى على الرواية التي
بشرط الخلط وعلى الرواية التي بشرط نقول ربما يظهر الربح لاحدهما دون الاخر بتغير سعر احد النقدين وذلك
ليس بقضية الشركة وعندنا موجب العقد الوكالة وذلك صحيح مع اختلاف النقدين فانهما الوصر حا

بالوكالة بان يشتري احدهما بهذه الدراهم على ان يكون المشتري بينهما كان صحيحا فكذلك تصح
الشركة بهذه الصفة ثم اذا اختلف جنس راس المال تعتبر القيمة لاستحقاق احدهما زيادة ربح على
راس ماله من مال صاحبه يوم العقد وليحصل مقدار الملك في المشترا يوم الشرا وليحصل راس المال
يوم القسمة اما الاول فلان سبب استحقاق زيادة الربح هو العقد بشرط استحقاق زيادة الربح والشرط
وجد يوم العقد فتعتبر القيمة في حق هذا يوم العقد واما الثاني فلان حق الشريكين قبل الشرا في
راس مال وانما انتقل الى الشرا يوم الشرا بالشرا لا بعقد الشركة فتعتبر قيمتهما لحصول الملك في الشرا
يوم الشرا واما الثالث فلان حقهما انما ينتقل من المشترا الى راس المال يوم القسمة فيعتبر قيمتهما
لتحصيل راس المال يوم القسمة ولانه اذا لم يكن في المال جنس راس المال لا ينقطع حق كل واحد منهما عن راس
المال ما دامت الشركة قائمة لاحتمال وجود مثله في المال فاذا جاء اوان القسمة وليس في المال من جنس راس
المال الآن احتجنا الى تقويمه فنعتبر قيمته يومئذ وحرف اخر ان الدراهم والدنانير يتعينان في
الشركة والمضاربة لان المقصود الشركة في الربح دون العقد فكانت بمنزلة الهبة ولانه امانة في
يده فيتعين كالوديعة ولا يتعين في الوكالة قبل التسليم الى الوكيل لان المقصود عقد الوكيل فكانت
الوكالة وسيلة الى الشرى والنقود لا يتعين في الشرى فلا يتعين في الوسيلة وبعد ما دفع الى الوكيل
يتعين عند بعضهم حتى تبطل الوكالة بهلاكها وقال عامة المشايخ رحمهم الله تعالى لا يتعين لما
قلنا وانما بطلت الوكالة لان المقصود من التسليم دفع رجوع الوكيل عليه لما عرف ان الشرى بحكم
الوكالة يوجب دينين فانما دفع ليكون رجوعه فيما نقد لا عليه وحرف اخر ان الشريكين اذا
اشتريا شيئا صفقة واحدة فان ما يحصل لكل واحد منهما في المشترى يضاف الى عقده لانه
اجتمع في حق كل واحد منهما عقد الاصيل مع عقد الوكيل فلا يعتبر تصرف الوكيل وقد جمع محمد
رحمه الله تعالى في الباب بين شركة العنان والمفاوضة والمضاربة والبضاعة وبدا بشركة العنان
لانها جائزة بالاجماع وفي المفاوضة خلاف والمضاربة وان كانت جائزة بلا خلاف لكنها جائزة
بخلاف القياس لانها اجارة والاجارة جوزت بخلاف القياس ولانها اجارة ببعض ما يخرج من
عمله وشركة العنان جائزة موافقة للقياس فكانت البداية بها اولى اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله
تعالى رجلان اشتركا ولاحدهما الف درهم وللاخر مائة دينار قيمتها الف وخمسمائة شركة عنان على ان
يشتريا ويبيعا فما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فهو بينهما على قدر رؤوس اموالهما والوضيعة كذلك فهذه
الشركة جائزة عندنا استحسانا فالاستجماع شرائط الجواز خلافا للشافعي رحمه الله تعالى على ما ذكرنا
فان لم يشتريا حتى هلك احد المالين هلك من مال صاحبه وانتقضت الشركة اما الهلاك على صاحبه
لان ملكه لا يزول بالشركة والمال امانة في يده فهلك على ملكه الا ان الجنس اذا كان واحدا يكون
الهلاك عليهما بعد الخلط لانه بعد الخلط لا يعرف احدهما من الاخر وليس احدهما بصرف الهلاك
اليه باولى من الاخر اما هنا بخلافه وقد ذكرنا ان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فصار كما لو هلك في يد
الوكيل واما انتقاض الشركة سواء هلك في يد صاحبه او يد شريكه لانه امانة في يد الشريك فصار هلاك
الثمن المنقود في يد الوكيل لما قلنا انه يتعين في الشركة ولا يبقى العقد ببقاء راس مال الاخر لان العقد

لان العقد قائم بهما لا باحدهما وهذا لان المقصود من الشركة التصرف في المستانف لا عينهما فاذا
اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود ما لو اقترن بالعقد يكون مانعا من صحته يبطل العقد
بالتخمر في العصير المشترا قبل القبض وهلاك المبيع والكساد في الفلوس وانعدام راس المال
من احدهما لو اقترن بالعقد كان مانعا فكذا اذا اعترض وهذا لان العقود لان المعقود عليه في
الشركة راس المال فهلاكه بمنزلة هلاك المبيع ولانه لا يخلوا اما ان غرم مثله او لم يغرم فان غرم
لا يجوز لان راس المال يكون دينا وان لم يغرم لا يجوز لان راس المال يكون من احدهما والعمل
فكانت مضاربة بشرط عمل رب المال فلا يجوز ان يملك عليهما لان ابتداء العقد على الامانة
والمشتري بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه لانه متى بطلت الشركة بطل توكيل واحد منهما صاحبه
لانهما لم ينصا على الوكالة وانما تثبت الوكالة ضمنا للشركة فاذا بطلت الشركة بطل ما في ضمنه هكذا
ذكر في بعض المواضع وفي بعض المواضع ذكر ان المشتري يكون بينهما ويرجع المشتري على صاحبه
بنصف الثمن وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فحيث قال يكون الثاني مشتريا لنفسه
خاصة وضع المسئلة فيما اذا اطلقا الشركة فيكون المشتري بمال احدهما مشتركا بينهما عند الاطلاق
بعينه لعقد الشركة وقد بطلت بهلاك المال فيكون مشتريا لنفسه وحيث قال المشترا بينهما وضع
المسئلة فيما اذا صرحا عند العقد على ان ما اشترى كل واحد منهما بماله هذا يكون مشتركا بينهما وعند
هذا التصريح الشركة في المشتري من قضية الوكالة لان كل واحد منهما قد وكل صاحبه بالشرا من ماله نصا
على ان يكون نصف المشتري له فالشركة وان بطلت فالوكالة باقية فقد اشترى له النصف بحكم الوكالة
ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه فان كان المشتري هو الذي هلك ماله صار مشتريا لنفسه
فاذا نقد مال الاخر صار ناقدا مال الغير في عقد عقده لنفسه فيضمن مثله وهذا على الرواية التي لم يصرحا
بالوكالة اما اذا صرحا يكون بينهما على ما ذكرنا فان لم يهلك احد المالين حتى اشترى احدهما بماله عبدا
ثم هلك مال الاخر فانه يهلك من مال صاحبه لما قلنا لكن المشترا يكون مشتركا بينهما على قدر راس
مالهما لان الشركة كانت قائمة بينهما حين اشترى وهو وكيل عن صاحبه فيما اشترى حال قيام الشركة
فصار العبد مشتركا بينهما فلا يبطل ملكه بهلاك المال حتى لو هلك يهلك على ملكهما بخلاف الاولى
والفرق ذكرنا ان النقود تتعين في الشركة فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل ابرام الشركة
وحصول المقصود من العقد وانه كالبيع اما هنا حصل المقصود من العقد وهو ثبوت الشركة في
المشترا فبعد ذلك ان كان صاحب الدنانير هو الذي اشترى بالدنانير عبدا او جارية ثم هلكت
الدراهم فالجارية بينهما اخماسا خمساها لصاحب الدراهم وثلثة اخماس لصاحب الدنانير وما اشترى
بالدنانير كما صار كانه اشترى لهما على قدر راس مالهما كذلك لان راس مال احدهما الف درهم وراس مال
الاخر مائة دينار قيمتها الف وخمسمائة فاجعل كل خمسمائة سهما فتصير الدنانير ثلثة اسهم والدراهم
سهمين فيرجع صاحب الدنانير على صاحب الدراهم بخمسي الدنانير وذلك اربعون دينارا لانه اشترى له هذا القدر بوكالته
ونقد الثمن من مال نفسه وانما رضي بذلك على ان يشتري الاخر بالدراهم لهما وينقدا الثمن من مال نفسه
فاذا فات ذلك بهلاك الدراهم رجع عليه بما نقد لاجله ولو كان صاحب الدراهم هو الذي اشترى

ثم هلكت الدنانير فلصاحب الدراهم ان يرجع على صاحب الدنانير بثلثة اخماس الدراهم وذلك
ستماية درهم لانه اشترى خمسي الجارية لنفسه وثلثة اخماسها لشريكه لما ذكرنا ان المعتبر لثبوت الملك
في المشترى قيمة المالين يوم الشرى فيرجع عليه بما نقد عليه عنه لما ذكرنا وكون بعض راس المال
دينا بعدما انتقل الى العروض لا يبطل العقد وايهما باع الجارية جاز لان كل واحد من الشريكين
ينفرد بالبيع والشرى حال قيام الشركة اذا اشترطا في الشركة ان يبيعا ويشتريا معا وشتى والشركة
قائمة ويقتسمان الثمن على خمسة اسهم ثلثة اخماسه لصاحب الدنانير وخمساه لصاحب الدراهم اذا باعا
الجارية مساومة لان في بيع المساومة يقسم الثمن على قدر ملكهما في المبيع وملكهما في المبيع اخماس
هكذا ذكر في الجامع وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى في المبسوط ولم يذكر ان شركتهما في المتاع
المشترى شركة عقد او شركة ملك وفيه اختلاف بين محمد والحسن رحمهما الله تعالى عند محمد رحمه الله
تعالى هي شركة اي هي شركة عقد حتى اذا باعه احدهما نفذ بيعه في الكل وعند الحسن رحمه الله تعالى شركة ملك
حتى لا ينفذ بيع احدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك المالين كما لو هلكت قبل الشرى
وانما بقي ما هو حكم الشرى وهو الملك فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك وجه قول محمد رحمه الله تعالى ان
هلاك احدهما بعد حصول ما هو المقصود من المال القائم وهو الشرى بها فلا يكون مبطلا شركة العقد
بينهما في ذلك كما لو كان الهلاك بعد الشرى بالمالين جميعا ونظيره ماذكرنا اذا كان راس المال مكيلا
او موزونا وخلطا واشتريا يكون المشترى بينهما ولم يذكر في الكتاب ان الشركة بينهما بعد الخلط
شركة ملك او شركة عقد وذكر في النوادر على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى شركة ملك وعند محمد
رحمه الله تعالى شركة عقد وفائدة الخلاف ماذكرنا في بيع الكل وفائدة اخرى تظهر فيما اذا اشترطا
من الربح لاحدهما زيادة على نصيبه عند ابي يوسف رحمه الله تعالى لا يستحق ذلك بل لكل واحد
منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد رحمه الله تعالى الربح بينهما على ما اشترطا محمد رحمه الله تعالى يقول المكيل
والموزون عرض من وجه ثمن من وجه الا ترى ان الشرى بهما دينا في الذمة صحيح فكان ثمنا وان بيع
عينهما صحيح فكانت مبيعة ومابتردد من اصلين يوفر حظه عليهما فلشبههما بالعروض قلنا لا يجوز
الشركة قبل الخلط ولشبههما بالاثمان قلنا يجوز الشركة بهما بعد الخلط وهذا لان باعتبار الشبهين يضعف اضافة
عقد الشركة اليهما فيتوقف ثبوتها على ما يقويها وهو الخلط لان بالخلط تثبت شركة الملك لا محالة فتتاكد
شركة العقد لا محالة وابو يوسف رحمه الله تعالى يقول ما يصلح ان يكون راس المال في الشركة لا يختلف
الحكم فيه بالخلط وعدمه فكذا ما لا يصلح راس المال لا يختلف الحكم فيه بين الخلط وعدمه وهذا
لان قبل الخلط انما لا يجوز شركة العقد بها متعينة فتعين راس المال لا بد منه في الشركة واعيانها
مبيعة واول التصرف بها يكون بيعا وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل تزداد تقررا بالخلط لان الخلط
لا يتقرر الا في معين والمخلوط المشترك لا يكون الا معينا فتقرر المعنى المفسد لا يكون مصححا والذى
يقال لمحمد رحمه الله تعالى ان تحصيل راس المال عند القسمة ممكن لانها من ذوات الامثال يشكل بما قبل الخلط
فان هذا المعنى موجود فيه ومع ذلك لا يثبت شركة العقد بينهما وكذلك يشكل بما اذا كان راس المال
احدهما حنطة وراس مال الاخر شعيرا فالشركة لا تصح وان خلطا وراس مال كل واحد منهما من ذوات

من ذوات الامثال يمكن تحصيله عند قسمة الربح لكن محمد رحمه الله تعالى يقول اي يفرق فيقول
عقد الشركة انما يثبت بعد الخلط باعتبار المخلوط فعند اختلاط الجنس المخلوط ليس من ذوات
الامثال الا ترى ان اتلف هذا المخلوط كان عليه قيمته واذا لم يكن من ذوات الامثال كان بمنزلة العروض
اما اذا كان الجنس متحدا كان المخلوط من ذوات الامثال حتى من اتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل راس
مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل ثم عند اختلاف الجنس اذا باعا المخلوط فالثمن بينهما على
قدر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه مخلوطا لان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل واحد
منهما وملك كل واحد منهما كان معلوم القيمة وقت الخلط فيعتبر ملك القيمة القيمة ولكن مخلوطا
لانه دخل في البيع بهذه الصفة فاستحقاق الثمن بالبيع فيعتبر صفة ملك كل واحد منهما حين
دخل في البيع فان كان احدهما يزيد بالخلط خيرا فانه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط ومعنى
هذا لان قيمة الشعير تزداد بالخلط وقيمة الحنطة تنتقص فصاحب الشعير يضرب بقيمة شعير
غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب
الحنطة يضرب بقيمة حنطته مخلوطة لان النقصان حصل بعمل هو راض به وهو الخلط وقيمة
ملكه عند البيع ناقص فلا يضرب الا بذلك القدر طعن عيسى رحمه الله تعالى في الفصلين فقال
قوله في الفصل الاول انه يعتبر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه وفي الفصل الثاني في يوم
يقتسمون غلط والصحيح انه يقسم الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم وقع البيع لان استحقاق
بالبيع فانما يقسم الثمن على القيمة يوم البيع الا ترى انهما لو لم يخلطا ولكن باعا الكل جملة يقسم
الثمن على القيمة يوم البيع فكذا بعد الخلط الا ان يكون تاويل المسئلة ان يكون قيمته وقت
الخلط والقسمة والبيع سواء قال الشيخ الامام الاجل شمس الائمة السرخسي رحمه الله
تعالى وعندنا ان ماذكر صحيح لان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله مما يباع في الاسواق
وليس المخلوط مثل يباع في الاسواق حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل واحد منهما وقت البيع
واذا تعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل واحد منهما
كما في جارية مشتركة بين رجلين اعتق احدهما ما في بطنها يضمن نصيب شريكه يعتبر بوقت
الولادة لتعذر امكان معرفة القيمة يوم العتق فيصار الى تقويمه في اول احوال الامكان كذلك
هنا يصار الى معرفة قيمة ملك كل واحد منهما في اول اوقات الامكان وهو عند الخلط الا انه
اذا علم ان الخلط يزيد في مال احدهما وينقص من مال الاخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما
يوم الخلط لتيقنا بزيادة ملك الاخر احدهما ونقصان ملك الاخر فنعتبر القيمة وقت القسمة
باعتبار ان عند الخلط ملك كل واحد منهما من ذوات الامثال فيجعل حق كل واحد منهما بعد الخلط كالباقي
في المثل الى وقت القسمة فينقسم الثمن وعلى ما هو حق كل واحد منهما بخلاف فيما اذا لم يخلط لان تقويم
كل واحد منهما وقت البيع ممكن فاعتبرنا قسمة الثمن بقيمة كل واحد منهما وقت البيع ولو لم يهلك
احد المالين حتى اشترى صاحب الالف جارية بالالف ونقد الثمن واشترى صاحب الدنانير غلاما
ونقد الثمن كان الغلام والجارية مشتركا بينهما على قدر راس مالهما يوم الشرى لقيام الشركة

بينهما وقت الشرى فلو هلك الغلام والجارية في يدها يهلك عليهما اخماسا لوقوع الملك فيهما
اخماسا بينهما ويرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير بثلاثة اخماس الدراهم ستماية درهم
وصاحب الدنانير على صاحب الدراهم بخمسي الدنانير اربعون دينارا لما ذكرناه ولا تقع المقاصة
بينهما الا بالتراضي لاختلاف الجنس ولو اشتريا بالمالين غلاما صفقة واحدة وقبضا ونقدا
من المالين يكون بينهما اخماسا فلو هلك يهلك عليهما ولا يرجع احدهما على صاحبه بشيء لان كل
واحد منهما مشترا لنفسه وليس بوكيل عن صاحبه فلا يستحق الرجوع على صاحبه لان رجلين
لو اشتريا بمالهما صار كل واحد منهما مشتريا لنفسه بماله فصار صاحب الدنانير مشتريا
ثلثة اخماس العبد لنفسه وصاحب الدراهم مشتريا خمسيه لنفسه ونقد كل واحد منهما الثمن
من مال نفسه فلا يرجع على غيره وهذا لان الاصل ان عقد الانسان يقع له لا لغيره وانما قلنا
بوقوعه له ولصاحبه عند افتراق الصفقة بطريق الضرورة تحقيق الشركة في المشترا الذي
هو غرضهما من تحقيق عقد الشركة وفي الصفقة الواحدة الغرض حاصل من غير تغيير الاصل
وهذا لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في شرى النصف لان الوكالة ان لم تثبت نصا فقد تثبت
ضرورة بثبوت الملك المستفاد بالشرى مشتركا بينهما وفي الصفقة الواحدة لا ضرورة لان
الشركة في المشترى تثبت بدون الوكالة فلا تثبت الوكالة ولانه اجتمع تصرف الوكيل مع
تصرف الموكل فلا يعتبر تصرف الوكيل بخلاف ما اذا تعددت الصفقة لانه لما اشترى
احدهما وقع الملك مشتركا بينهما بعقده ثم لما اشترى الثاني وقع الملك مشتركا ايضا
بينهما بعقده فلا بد من اعتبار جهة الوكالة فيرجع بما نقد عنه من ماله كالوكيل ولو اشتريا
بالمالين غلاما وجارية صفقة واحدة الغلام هو بالدنانير والجارية بالدراهم فهو بمنزلة ما لو
اشترياهما في صفقتين لان المشتري اثنان وقد سمى لكل واحد منهما ثمنا على حدة فتتعدد
الصفقة على ما ذكرنا في البيوع وفي المبسوط ولو اشتريا بالالف متاعا ثم اشتريا بالدنانير
متاعا فوضعا في احد المتاعين وربحا في الاخر فذلك بينهما على قدر روس اموالهما لان
الوضيعة هلاك جزء من مال والربح نما المال فيكون على قدر راس المال ما لم يعتبر ذلك بشرط
صحيح وكذا رجلان اشتريا متاعا بالف درهم وبكر من حنطة على ان لاحدهما من المتاع
بحصة الالف والاخر بحصة الكرود فعا الثمن فهذا الشرط معتبر للمقتضى مطلق المسبب
لان كل واحد منهما في الشرى يكون عاملا لنفسه وانما يملك من المبدل بقدر ما يقدم البدل
وكذا لو اشتريا متاعا بكر حنطة وكر شعير فكال احدهما كر حنطة على ان له من المتاع بقدره
وكال الاخر الشعير على ان له من المتاع بقدره ثم باعا ذلك بدراهم فانهما يقتسمان الثمن
على قدر قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان وكذلك كل ما يكال او يوزن قال عيسى رحمة
الله تع هذا غلط والصواب ان يقتسمان على القيمة يوم الشرا لما بينا ان في وقوع الملك
في المشترى تصير قيمة مال كل واحد منهما يوم الشرى فانما يملك كل واحد منهما من المتاع
بقدر راس ماله عند الشرى فاذا باعا ذلك فثمن حصة كل واحد منهما يكون له كما في العروض

في العروض لو اشتريا متاعا بعرضين احضراه لكل واحد منهما عرض ثم باعا ذلك بدراهم اقتسما
الثمن على قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشرى الا ان يكون تاويل المسئلة انهما باعا المتاع مرابحة
مبنى على الثمن الاول لا على قيمة الملك فيقسم الثمن بينهما على قدر قيمة راس مالهما وقت القسمة
بخلاف العروض فان المشترا بالعروض لا يجوز بيعه مرابحة انما يجوز بيع المرابحة في المشترا
بما له مثل من جنسه فكانت القسمة على قيمة العروض وقت الشرى بها لكن هذا التاويل بعيد فانه قال
ثم باعا ذلك بدراهم وقد نص على حكم بيع المرابحة بعد هذا فقال اذا اشتريا بالمكيل والموزون وباعا
مرابحة استوفى كل واحد منهما راس ماله الذي كاله او وزنه ثم اقتسما الربح على قيمة راس مال
كل مال منهما ان باعاه مرابحة بمال مسمى وان باعاه بربح عشرة كان لكل واحد منهما راس ماله
ونصيبه من الربح على ما باعاه لانهما اذا باعا بربح عشرة احد عشر فالربح من جنس اصل
المال بصفقته فاذا باعاه مرابحة بمال مسمى فالربح مبنى على الثمن الاول فيقسم على قيمة راس مال
كل واحد منهما بيانه ما ذكر في المضاربة لو اشترى شيئا بالف درهم نقد بيت المال ثم باعه
مرابحة بربح ماية درهم فالربح من الغلة ولو باعه بربح عشرة احد عشر فالربح من نقد
بيت المال كاصل الثمن فبهذا الفصل تبين ضعف التاويل الذي قلنا في مسئلة
الطعن فانه قال هناك يقتسمان الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان فاعتبر
ذلك في جميع الثمن دون الربح قال شمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى
والذي يتحامل بطلى بعد التامل في تصحيح جواب الكتاب انه بنا على قول محمد رحمة الله تع
ان شركة العقد بالمكيل والموزون تثبت عند خلطهما على ما بينا ان الخلط اذا كان في
اصل راس المال يختلف الجواب باتحاد الجنس واختلافه لان تمام الخلط عند اتحاد
الجنس فاما الخلط هنا باعتبار المشترا والمشترا مختلط بينهما سواء اتفق جنس راس
المال او اختلف فكان المشترك بينهما فكان المشترى مشتركا بينهما شركة عقد وراس مال
كل واحد منهما ما اداه وهو من ذوات الامثال فيجب تحصيله عند القسمة فلهذا قال
يقسم الثمن على قدر قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان بخلاف العروض فان شركة
العقد لا تثبت بالعروض بحال فلا يكون حق كل واحد منهما مثل عرضه لانه لا مثل له فكان
المعتبر قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشرى واذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة
من احدهما الف درهم لا مال له غير من جنس النقود ومن الاخر ماية دينار لا مال غيرها
من النقود فان كانت الدنانير الف درهم جازت الشركة وان كانت اقل واكثر
لا يجوز لان شرط جوازها المساواة في راس المال فيما يصلح ان يكون راس مال الشركة
ففي الوجه الاول هذه شركة استجمعت شرائط جوازها فيجوز وفي الوجه الثاني فات
الشرط فلا يجوز وهذا استحسان لما ذكرنا ان الخلط ليس بشرط فيجوز بالدراهم والدنانير
وكذا اذا كان راس مال احدهما بيضا وراس مال الاخر سودا او زفر رحمة الله تع لا يجوز
هذه الشركة بدون خلط المالين رواية واحدة قال لانه لو جاز لكان كل واحد منهما

مختصا بملك مال بعد عقد الشركة وذلك لا يجوز في وروى الحسن عن ابي حنيفة
رحمهما الله تعالى ان هذه الشركة لا تجوز بمالين لا يختلطان لان المساواة شرط هذا
العقد المساواة بين الدراهم والدنانير في المالية انما يكون بالتقويم بطريق ذلك
الحزر والمساواة شرعا لا تثبت بهذا الطريق كالمساواة التي شرطت في غيرنا ولهذا الاموال
الربوية وفي البيض والسودان كان بينهما تفاوت في الصرف لا يجوز استحسانا
في ظاهر الرواية لعدم المساواة وذكر اسماعيل بن حماد ابي يوسف رحمهم الله تعالى
انه يجوز لانه لا قيمة للجودة في الاموال الربوية اذا قوبلت بجنسها وانما تعتبر المساواة
في الوزن قال صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سوا وجه الاستحسان ان الدراهم
والدنانير شيء واحد حكما لان كل واحد منهما مخصوص بالزكوة وثمن البياعات وضمان
المتلفات واروش الجنايات وفي عرف التجار فتعتبر المساواة في المالية والمعنى دون
الظاهر وان كانت ملك الدنانير اكثر او اقل او كان للبيض فضل على السود حتى لا تصح لم
المفاوضة تكون شركة عنان لان المفاوضة اخص من العنان فاذا بطل العموم يثبت الخصوص
وهذا لان تحصيل مقصود المتعاقدين بقدر الامكان واجب والعنان قد يكون عاما و
وقد يكون خاصا فهذا عنان عام وان لقبناه بالمفاوضة وهو لقب فاسد لانعدام
شرط المفاوضة لكن لا يبطل اصل الشركة واذا تساوت قيمتهما حتى صحت المفاوضة
ولم يشتريا شيا حتى زادت قيمة الدنانير او انتقصت بطلت المفاوضة وانقلبت
عنانا لانه اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود به ما يمنع ابتدا العقد وهو التفاوت
في ملك المال فيكون مبطلا للعقد كما لو كان احدهما مالا يصلح ان يكون راس مال
الشركة فكانت تلك والنقصان هنا بمنزلة الهلاك في شركة العنان وهذا لان
الزيادة والنقصان حصل في ملك صاحب الدنانير حقيقة وحكما اما حقيقة فلا شك
واما حكما فلانه لم يستحق شيء من الدنانير حتى يعتبر زايلا عن ملكه حكما بفضل
احدهما بمال يصلح ان يكون راس مال الشركة ولان المساواة شرط صلبي في هذا
العقد فيراعى في حال بقاها كما يراعى في حال ابتدائها وكذا لو اشتريا بالالف
جارية ثم ازدادت قيمة الدنانير او انتقصت قبل الشرى بها انتقضت المفاوضة
ايضا لان الدنانير على ملك صاحبها فكانت الزيادة والنقصان على ملكه وتكون
الجارية بينهما نصفين لانه حين اشتراها كان عقد الشركة قايما بينهما فيقع
العقد لهما ويرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير بنصف ثمن الجارية
لانه اشترى نصفها له بحكم الوكالة وقد نقد الثمن من مال نفسه بامره
فيرجع عليه ولكل واحد منهما ان يبيع الجارية ويشتري في ذلك جريا على
موجب الشركة لانها انقلبت عنانا ولو اشتريا شيا اشتريا بالدنانير
جارية قبل تغير قيمتها والدراهم قايمة في يد صاحبها او اشتريا بالدراهم والدنا

والدنانير قايمة القياس ان تبطل المفاوضة لكنه استحسن وجعل على حالها وجه القياس
انه فضل صاحب الدنانير فيما يصلح ان يكون راس مال المفاوضة لان الدراهم كلها بقيت
في ملكه ولهذا لو هلكت كان الهلاك عليه والجارية صارت بينهما نصفين اليه اشار
في الكتاب حيث قال لان الجارية صارت بينهما نصفين والدراهم ولا يقال بانه
يجب لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم نصف الدنانير فلم يكن مال صاحب الدراهم
زائد معنى لانا نقول وان كان كذلك لكن الدين ليس بمال التجارة والمساواة شرط فيما
هو في شرط من جنس التجارة وجه الاستحسان ان المفاضلة وان وجدت صورة لم توجد
معنى لان الدراهم وان بقيت على ملك صاحبها لكن نصفها صارت مستحقة لصاحبه
مشغولا بدينه لان صاحبه استحق الرجوع عليه بنصف الثمن والمشغول بالدين مما يستحق
ازالته والمستحق كالزائل ولهذا منع وجوب الزكوة ونصف ماله مستحق به لصاحبه
ايضا فكان الزائل عن ملكه والمفاوضة كانت صحيحة فلا يبطل بالشك ولان هذا
التفاضل مما لا يمكن اعتباره والمقصود من المفاوضة الربح ولا يتاتى ذلك عادة بالشرى
بالمالين جملة لانه قد يتفق وقد لا يتفق الا ترى ان المشروط في العقد هكذا وهو ان
يشتريا جميعا وشتا بما شاء من المالين لانه عسى يوجد شيء لا يباع بالدراهم وعسى
يوجد شيء لا يباع بالدنانير فلو وقفنا جواز هذا العقد على الشرى ادى الى الضيق
والى تفويت غرضهما من العقد فتحملنا هذا القدر من التفاوت ضرورة حصول
المقصود من العقد وجعلناه عينا حكما وامكن جعله عينا لان الدراهم وان
كانت على ملكه لكنها مستحقة الصرف الى ما لزمه من الدين فصار في الحكم كان
الشرى وقع بنصف المالين والفقيه ابو بكر البلخي رحمه الله تعالى سنه اول
المسئلة وهو جواز المفاوضة عند اختلاف راس المالين بهذه المسالة فان ثمة
المفاضلة وجدت صورة ولم توجد معنى اما صورة فان الدراهم باقية على ملك
صاحبها فهو ملك الف درهم وصاحب الدنانير لم يملك وصاحب الدنانير
ملك ماية دينار وصاحب الدراهم لم يملك فوجدت المفاضلة صورة لكن
لم توجد معنى لان قيمة الدنانير مثل الدراهم كما في هذه المسئلة والله اعلم
ولو اشتريا بالمالين شيا فهو بينهما فان ازدادت قيمة الدنانير بعد ذلك وانتقضت
فالمفاوضة على حالها اما المشترى بينهما فلان الشركة قايمة بينهما وقت الشرى بالمالين واما
بقا المفاوضة بعد تغير الدنانير فلان الزيادة والنقصان حدثت في ملك الغير اما
اذا نقد الدنانير للبايع فلانها زالت عن ملكه وانتقل ملكها الى المشتري بضمان عليهما
على السوا فصار في التقدير كان الشرى وقع بماليتهما فلا زيادة حينئذ ولا نقصان في
مال احدهما وان لم ينقد استحق الازالة عن ملكه فصار كالزائل وكذا لو اشتريا بالدنانير
ولم يشتريا بالدراهم حتى ازدادت قيمة الدنانير لانها زادت على ملكهما بعد انتقال حقهما الى

الى المبيع فلم تنعدم المساواة فان قيل اليس انه لو وزن احدهما مالا بعد الشرا بالمالين
او وهب له مال فسدت المفاوضة قلنا نعم لكن المساواة في ملك المال ينعدم هناك
بما اختص به احدهما وهنا لا ينعدم لان ملكهما تحول من المالين الى المشترى والمشترى
بينهما نصفان فان قيل ليس كذلك بل لكل واحد منهما على صاحبه نصف راس ماله دينا
عليه حتى لو هلك المشترى يرجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف راس ماله فتنعدم
المساواة ايضا بظهور الفضل في النصف قلنا نعم ولكن ما استوجب كل واحد منهما على
صاحبه دين عليه والدين لا يصلح ان يكون راس مال في الشركة فالتفاوت بينهما في
ذلك لا يمنع بقا المفاوضة كما لو ورث احدهما دينا او عرضا فلو اقتسما
مال الشركة اخذ صاحب الدنانير دنانيره وصاحب الدراهم دراهمه لان
المعتبر في قسمة الربح قيمة المالين يوم القسمة لانه ما لم يصل الى كل
واحد منهما جميع راس ماله لم يظهر الربح وما بقي فهو بينهما لان ما بقي بعد ما
استوفى كل واحد منهما راس ماله ربح فيكون بينهما فان لم يف الثمن براس مالهما
اقتسما ما في ايديهما نصفين لانه بدل المبيع وانه ملكهما ثم يرجع صاحب الدنانير على
صاحب الدراهم بنصف الدنانير وصاحب الدراهم على صاحب الدنانير
بنصف الدراهم لان كل واحد منهما في نصف ما اشترى وكيل عن
صاحبه وقد نقد الثمن من ماله فاستوجب الرجوع عليه هذا اذا
اشتريا في صفقتين ولو كانا اشتريا بالمالين صفقة واحدة اقتسما
ما في ايديهما نصفين ولم يرجع احدهما على صاحبه بشيء لان كل واحد منهما
ما اشترى اشترى لنفسه لا لصاحبه بحكم الوكالة فلا يستوجب
الرجوع لما ذكرنا في شركة العيان ولو اشتركا شركة عيان ومن احدهما
الف درهم ومن الاخر ماية دينار قيمتها الف وخمس ماية درهم على ان الربح
بينهما نصفان والوضيعة على المال جازت الشركة والشرط عندنا
وعلى قول زفر والشافعي رحمة الله تعالى لا يجوز هذا الشرط والربح
بينهما على قدر راس مالهما وللشافعي رضي الله تعالى عنه قول ان الشركة
بهذا الشرط فاسدة لان عنده شركة الملك اصل وفي شركة الملك
لا يجوز ان يستحق احدهما شيا من ربح ملك صاحبه فكذلك في
شركة العقد واعتبر الربح بالوضيعة فهي بينهما على قدر راس اموالهما و
واشتراطهما خلاف ذلك باطل فكذلك الربح والدليل عليه شركة الوجوه
لكنا نقول استحقاق الربح بالشرط فانما يستحق كل واحد منهما بقدر ما شرط
له لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وقال علي رضي الله تعالى

تعالى عنه الربح على ما اصطلح عليه الشريكان والوضيعة على المال من غير فصل
ثم جواز هذا العقد لحاجة الناس اليه والحاجة ماسة الى هذا الشرط فقد يكون
احدهما احذق من الاخر في وجوه التجارة فلا يرضى بان يساويه صاحبه في
استحقاق الربح مع حداقته وحرف صاحبه ثم الربح يستحق بالعمل بدون المال
وهو في المضاربة فبالعمل مع المال اولى والوضيعة هلاك جزو من المال وكل واحد منهما
امين فيما في يده من مال صاحبه واشتراط الضمان على الامين باطل الا ترى ان في المضاربة
لا يجوز اشتراط شيء من الوضيعة على المضارب ولهذا يقول زفر رحمة الله تعالى ان التساوي
في الربح مع التفاضل في راس المال هنا لا يجوز لانه لو جاز انما يجوز بالقياس على
المضاربة على معنى ان صاحب الزيادة يشترط جزوا من الربح الاخر بعمله ومثل هذا
في المضاربة لا يجوز لان المال في ايديهما هنا والعمل مشروط عليهما وفي المضاربة
لو شرط العمل على رب المال او كون المال في يده لا يجوز ولانه شرط يخالف
مقتضى العقد لان قضية العقد ان يكون الربح على قدر الضمان ولهذا لو سكتا كان
الربح بينهما اخماسا على قدر راس مالهما فاذا شرطا المناصفة وقد شرط صاحب
الدنانير نصف سهم من ماله لصاحب الدراهم فلا يخلو اما ان يستحق ذلك بالمال
او الضمان او العمل ولا مال له ولا ضمان له في تلك الزيادة ولا وجه ان يستحق
بالعمل لانه عمل في محل مشترك بينهما فكان عاملا لنفسه من وجه فلا يستحق
بذلك شيا كما في الاجارة لكن الجواب عنه ما ذكرنا من الحديث والمعنى وامكن
تجويز الزيادة لانه فالمضارب في نصيب صاحبه لانه يعمل في ماله بشيء من فضل
يحصل من ماله فاذا كان له نظير في الشرع وجب تجويزه الا ان في المضاربة
يشترط التخلية بين المضارب وبين راس المال ليكون امينا عاملا فيه وذلك
ينعدم بهذا الشرط فاما موجب الشركة ليس هو التخلية بين احدهما وبين
المال فهذا الشرط لا يودي الى ابطال موجب الشركة ثم حكم المضاربة هنا
يثبت تبعا للشركة وقد يثبت الشيء حكما على وجه لا يجوز اثباته قصدا
كالكفالة الثابتة في ضمن المفاوضة وهذا لانه ليس بمضاربة مفردة حتى يكون
التسليم شرط بل هي شركة فيها معنى المضاربة فيجب مراعاة المعنيين جميعا
تحقيق الشركة وتحقيق المضاربة وذلك انما يكون بقيام المال في ايديهما بخلاف
شركة الوجوه حيث لا يصح التفاضل في الربح بعد الشرى في ملك المشترى لان
الذي شرط الزيادة ليس له في نصيب صاحبه راس مال عمل ولا ضمان فاشتراط
جزء من ذلك الربح له يكون ربح ما لم يضمن ونهى النبي صلى الله عليه وسلم
عن ذلك وعلى هذا لو كان راس مال احدهما الفا وراس مال الاخر
الفان واشترطا ان الربح والوضيعة نصفان فالشركة صحيحة لم

واشتراط الوضيعة فاسد لانه شرط الضمان على الامين لكن لا يفسد والعقد لان
جواز الشركة باعتبار الوكالة والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة انما يفسد الشرط
ويبقى الوكالة فان وضعا فالوضيعة على قدر راس المال وان ربحا فهو بينهما على ما شرطا
لان اصل العقد كان صحيحا واستحقاق الربح بالشرط وان شرطا الربح والوضيعة
على قدر راس المال والعمل من احدهما بعينه جاز لان العامل معين لصاحبه في العمل له
ماله حين لم يشترط لنفسه شيئا من ربح ماله فالمستصنع وان شرطا الربح نصفين
والوضيعة على قدر المال والعمل عليهما جاز لان صاحب الالف شرط لنفسه جزءا
من ربح مال صاحبه وهو السدس بعمله فيكون بمعنى المضارب الا ان معنى المضاربة
تبع لمعنى الشركة فالمعتبر موجب الاصل دون التبع فان عملا او عمل احدهما
فالربح على ما اشترطا لان الاستحقاق بعد صحة العقد بالشرط لا بنفس العمل
وقد كان العمل مشروطا عليهما فلا يضر بضر واحدهما باقامة العمل وكذلك
لو شرطا العمل على صاحب الالف لان صاحب الالفين دفع اليه ماله ليعمل فيه
بسدس الربح واشتراط العمل على المضارب يصحح المضاربة ولا يبطلها اقصى ما في
الباب انه يعمل في شي هو شريك فيه الا ان استحقاق الربح بطريق الشركة لا بطريق
الاجارة ولهذا لا يشترط فيه مقدار تسمية العمل ولا بيان المدة والعامل فيما هو شريك
فيه لا يستوجب الاجر لان استحقاق الاجر بنفس العمل فاما العامل فيما هو شريك فيه
يستحق الربح بالشرط في عقد صحيح وان شرطا العمل على صاحب الالفين لم يجز الشركة لان
العامل شرط لصاحبه جزءا من الربح ماله من غير ان يكون له فيه راس المال او عمل وذلك باطل
فان استحقاق الربح باعتبار المال او الضمان او العمل ولم يوجد شي من ذلك لصاحب الالف في
مال صاحبه والربح بينهما على قدر رؤس اموالهما لان العامل لم يطمع في شي من ربح مال صاحب
الالفين لم يشترط شيا من ذلك لنفسه واذا صحت الشركة عندنا فلو لم يشتريا حتى اتضعت
قيمة الدنانير وصارت تساوي الفا ثم اشترى بالدنانير جارية ثم هلكت الدراهم
فانها تهلك من مال صاحبها والجارية بينهما نصفين اما هلاك الدراهم على صاحبها فلما
ذكرنا انها باقية على ملكه واما كون الجارية مشتركة بينهما لانه اشتراها حال قيام
الشركة واما كونها بينهما نصفين فلان قيمة راس المالين لتحصيل الملك لهما في مقدار
المشترى يعتبر يوم الشرى وقيمة راس المالين يوم الشرى على السواء ويرجع صاحب
الدنانير على صاحب الدراهم بنصف الدنانير خمسون دينارا لما ذكرنا فان لم تتضع
قيمة الدنانير حتى اشترى بها الجارية ثم اتضعت وصارت تساوي الفا قلت
فالجارية بينهما خمسة خمساها لصاحب الدراهم لان قيمة ماله يوم الشرى كذلك ولا
يشبه اتضاع الدنانير بعد الشرا اتضاعها قبله لانها اذا اتضعت قبل الشرى فقد
اتضعت على ملكه فقد وجد الشرا بناء على عقد الشركة وراس مالهما متساويان فيكون المشترا بينهما

بينهما متساويا واذا اتضعت بعد الشرا فالشركة قد انقلبت الى المشترا وقد وقعت
الشركة فيه اخماسا بضمان عليهما اخماسا فلا يتغير بعد ذلك ويرجع صاحب الدنانير على صاحب
الدراهم بخمسي الدنانير اربعون دينارا ولو لم يهلك واحد من المالين وقيمة الدنانير الف وخمسماية
على حالها فاشتريا بالدراهم جارية وبالدنانير غلاما وقبضها الجارية والغلام بينهما اخماسا على قدر راس
المالين فلو باعاهما بالفين واراد القسمة على خمسة اسهم ثلاثة اخماس لصاحب الدنانير
خمساه لصاحب الدراهم لان ملكهما في المبيع كذلك والثمن في بيع المساومة يقسم على
قدر الملك في المبيع لا على مقدار الثمن الا ترى انه لو اشترى رجل نصف عبد بماية درهم و
اشترى رجل اخر النصف الباقي بمايتي درهم ثم باعاه مساومة بثلثماية درهم
او بمايتي درهم فالثمن بينهما نصفان لتساويهما في ملك المبيع الا ترى انه لو كان
موزونا او موهوبا او اشتراه بعرض لا مثل له يجوز بيعه مساومة فعرفنا ان الثمن
بمقابلة الملك وقد كان الملك بينهما اخماسا فكذا الثمن فصار لصاحب الدراهم ثمان
ماية درهم وهو خمسا الثمن ولصاحب الدنانير الف وماتنا درهم وذلك ثلثة
اخماس الالفين وتبين انه لا ربح في الدراهم ولا في الدنانير ثم يرجع صاحب
الدنانير على صاحب الدراهم بخمسي الدنانير وذلك اربعون دينارا
بقيمة ستماية درهم لان قيمة الدنانير كانت الفا وخمسماية فخمساها ما
ذكرنا فصار له الف وثمانماية ويرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنا
نير بثلاثة اخماس الدراهم وذلك ستماية لانه نقد عنه هذا القدر
بوكالته فصار في يده الف واربعماية ولا تقع المقاصة الا اذا تقاصا لان
الجنس مختلف فصار في الحاصل في يد صاحب الدنانير الف ومايتان و
في يد صاحب الدراهم ثمان ماية كل ذلك راس المال وانما يحتاج الى المقاصة
فيما لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم اما فيما لصاحب الدراهم على صاحب
الدنانير لا حاجة الى المقاصة لانه وضع المسئلة فيما اذا باعا بالفين وفي
يد صاحب الدراهم ثمان ماية اربعماية له واربعماية لصاحبه فياخذها
بحقه ويرجع عليه بمايتي درهم وصارت الوضيعة اخماسا ايضا لانه انتقص
من حق صاحب الدنانير ثلثماية ومن حق صاحب الدراهم مايتان هكذا
ذكر في رواية ابي سليمان رحمه الله تعالى وهو الصحيح وذكر في عامة الروايات
ورواية ابي حفص رحمه الله تعالى القسمة اخماسا على ما ذكرنا لكن ذكر في التراجع
انه يرجع صاحب الدنانير على صاحب الدراهم بخمسين دينارا ويرجع صاحب
الدراهم على صاحب الدنانير باربعماية درهم وهو جواب مسئلة اخرى اوهم
محمد رحمه الله تعالى انه ذكرها هكذا قال ابو بكر القمي رحمه الله تعالى وحكى عن عيسى
بن ابان رحمه الله تعالى انه سال محمد رحمه الله عما ذكر في رواية ابي

ابى حفص رحمة الله فقال جوابها غلط وهى جواب مسئلة اخرى عن هذه المسئلة وكثير
ما يقول محمد رحمة الله تعالى هذا فى كتبه عقيب مسئلة من الجواب ما لا يستقيم جوابا لها
ليبين ان هنا مسئلة اخرى ذكر يذكر جوابها فكان الصحيح ما ذكر فى رواية ابى سليمان
رحمة الله تعالى وقيل انه قال لعيسى رحمة الله تعالى غيرتم فغيرنا وقيل انه قال لذلك جواب
مسئلة سقطت من الكتاب فصححوا كتبكم فكل كتاب صحح فالجواب ما ذكرنا وكل
لم يصح بالجواب بخلافه هذا اذا اشتريا الغلام والجارية فى صفقتين ولو اشترياهما
فى صفقة واحدة بالمالين وباعا بالفين اقتسما على خمسة على ما ذكرنا ولا يرجع احدهما
على صاحبه بشىء لان كل واحد منهما لم ينقد عن صاحبه بحكم الوكالة عنه شيئا لان كل
واحد منهما ما اشترا من الغلام والجارية اشترى حصته لنفسه بماله ولا حاجة الى اثبات
الوكالة متى كانت الصفقة متحدة فتثبت الشركة ولو باعاهما بثلثة الف درهم احد صاحب
الدنانير من ذلك مائة دينار وصاحب الالف الفا وما بقى فهو ربح بينهما لان الثمن بقى
براس مالهما وزيادة فيقتسم بينهما على خمسة ثلاثة اخماس لصاحب الدنانير وذلك الف
وثمانماية كل خمس ستماية وخمساه لصاحب الدراهم وذلك الف ومايتان لان ملكهما
فى المبيع كذلك فصاحب الدنانير ياخذ الفا وثمانماية الف وخمسماية عدل
راس ماله يبقى له ربح ثلثماية على راس ماله وصاحب الدراهم اخذ الفا ومايتين
يستوفى من ذلك راس ماله الفا يبقى مايتا درهم ربحا على راس ماله فظهر
انقسام الربح على قدر روس اموالهما اخماسا فيقتسمان الربح حينئذ بينهما
نصفين كما شرط فى العقد واذا اشترك الرجلان شركة عنان
من احدهما الف درهم ومن الاخر ماية دينار قيمتها الف على ان الربح هو
بينهما نصفان والوضيعة على المال ثم اشتريا بالدراهم جارية ثم
بالدنانير غلاما فازدادت قيمة الدنانير حتى صارت تساوى الفا وخمس
ماية ثم باعاهما بثلاثة الاف درهم اقتسماه نصفين حصة كل واحد منهما
الف وخمسماية يستوفى منها صاحب الدراهم وراس ماله خمس ماية وقد
كان له على صاحب الدنانير خمسماية فياخذ قصاصا من حقه ويبقى
حصة الدراهم خمسماية فهو بينهما نصفان ويستوفى صاحب الدنانير من
الف وخمسماية نصف راس ماله خمسين دينارا قيمتها سبع ماية وخمسون
دينارا ويرجع على شريكه بخمسين دينارا قيمتها سبعماية وخمسون فيكون
السبع ماية والخمسون الباقية من حصة الدنانير لصاحب الدراهم
ولا ربح فى حصة الدنانير وانما ينظر الى قيمة الدنانير فى الشركة يوم يقع
الشرى وفى القسمة يوم يقتسمون هكذا قال فى الكتاب اما ثمنها
يقسم بينهما نصفين لانهما باعا مسًّا ومة فيقسم على قدر ملكهما فى المبيع

فى المبيع وملكهما نصفان لان راس مالهما يوم اشتركا على التسوى فاذا اقتسما
نصفين فالنصف الذى هو نصيب صاحب الدراهم يستوفى صاحب الدراهم منه راس
ماله فى ذلك خمسماية وكان راس ماله فى ذلك خمسماية نصف ما كان راس ماله
يوم الشركة لانه نقد خمس ماية من الالف عن نفسه فى ثمن ما اشترى فيكون
ذلك راس ماله فيه وخمسماية نقد عن صاحب الدنانير بامره فصار ذلك دينا له
عليه وصار كانه نقد ذلك صاحب الدنانير بنفسه فكان خمس ماية فى الدراهم
حصة صاحب الدراهم وخمس ماية حصة صاحب الدنانير الا ان لصاحب الدراهم على
صاحب الدنانير خمس ماية فكان له ان ياخذ الخمس ماية التى هى لصاحب الدنانير
قصاصا مما له عليه لانه ظفر بجنس حقه من مال مديونه فصار مستوفيا جميع
راس ماله بقى بعد ذلك فى يده خمس ماية هذا ربح فتكون لهما هذا بيان حصة الدراهم
واما بيان حصة الدنانير فنقول فى يده نصف الثمن ايضا وذلك الف وخمس
ماية يستوفى منه نصف ماله وذلك خمسون دينارا قيمته سبع ماية وخمسون
لان قيمة الدنانير لتحصيل راس المال انما يعتبر يوم القسمة فيكون هذا القدر
راس ماله فى حصة الدنانير لانه نقد هذا القدر عن نفسه يبقى سبع ماية
وخمسون وذلك حصة صاحب الدراهم لان صاحب الدنانير نقد هذا القدر
فى ثمن ما اشترى عن صاحب الدراهم فيكون نقده كنقده ويصير ذلك دينا
له عليه فيقال لصاحب الدراهم اذا الى صاحب الدنانير خمسين دنانير الذى نقدها
عنك بامرك فى ثمن ما اشترى وحدته السبع ماية والخمسين التى بقيت فى يد صاحب
الدنانير ولا يكون لصاحب الدنانير ان يحبسها قصاصا عما وجب له على صاحب
الدراهم لانه ليس من جنس حقه فيحصل لصاحب الدنانير ماية دينار ولا يكون
له ربح والله تعالى هو اعلم بالصواب او نقول صاحب يستوفى صاحب
الدراهم كل راس ماله الف درهم ويستوفى صاحب الدنانير كل راس ماله
ماية دينار فلا يبقى الربح فى الدنانير وظهر ربح خمس ماية فى يد صاحب
الدراهم فيكون بينهما نصفين بحكم الشرط هذا اذا اشتريا الغلام
والجارية بالمالين صفقتين فاما اذا اشتريا بالمالين غلاما وجارية
صفقة واحدة ثم بلغت قيمة الدنانير الفا وخمس ماية وباعاهما بثلاثة
الف فلصاحب الدراهم من ذلك ولصاحب الدنانير ماية دينار يستوفى
بها الفا وخمس ماية ولا ربح فى حصة الدنانير وبقى من حصة الدنانير خمس ماية
فهو بينهما فلا يرجع احدهما على صاحبه لان كل واحد منهما نقد ماله عن نفسه
لا عن صاحبه كما ذكرنا ولو اشتريا بالمالين عبدا وقيمة الدنانير الف فالعبد
بينهما نصفان لان قيمة مالهما يوم الشرى على السوا فان اعتقه احدهما

يضمن لشريكه نصف قيمته ان كان موسرا او يسعى العبد في نصف قيمته ان كان
معسرا كما هو الحكم في اعتاق العبد المشترك فان لم يعتق ذلك ذهب نصفه لابنه
وهو صغير في عياله او تصدق به على رجل وقبضه فهو جائز في نصيبه ونصيبه النصف
لانه وهب وتصدق مشاعا لا يحتمل القسمة ولا يعتبر زيادة قيمة الدنانير
ونقصانها في حق هذا الحكم لان نفاذ هذه التصرفات بحكم الملك والملك ثبت لهما
بحكم الشرى فينظر الى ملكه في العين حال وجود التصرف وهذا لانه زال ملكه عن
عن نصيبه لا الى خلف فلا يبقى الشركة بينهما فلو ازدادت قيمة الدنانير او انتقصت
لا يتغير حكم العتق والهبة لان الشركة في العبد قد تقررت على النصف ولو لم
يعتق ولم يهب ولكن باعا العبد بالفين وقد رجعت قيمة الدنانير الى ثمانماية فان
فان الثمن يقتسم بينهما نصفان لان ملكهما في العبد على السواء ثم صاحب الدراهم صاحب
الدراهم نقد خمسماية عن نفسه فياخذها من الالف ونقد خمسماية اخرى عن
صاحبه بامره فياخذ ايضا مما في يده قصاصا لانه حبس حقه فلم يبق في يده ربح
وصاحب الدنانير نقد ماية دينار وفي يده الف درهم فياخذ قيمة خمسين دينارا
الذي نقد عن نفسه وذلك اربع ماية لما ذكرنا ان المعتبر العبرة ان العبرة في تحصيل
راس المال يوم القسمة ونقد عن صاحبه خمسين دينارا ايضا وقيمته اربع ماية فان
شاء اخذ اربع ماية بدلا عن الدنانير برضا صاحبه وان شاء رد على صاحبه واخذ
منه خمسين دينارا فاذا لم يظهر في نصيب صاحب الدراهم ربح وظهر
في نصيب صاحب الدنانير ربح مايتي درهم فتكون بينهما بحكم الشرط
واستشهد محمد رحمه الله تعالى بمسئلة المفاوضة التي ذكرناها انهما
اذا تفاوضا وراس مال احدهما الف وراس مال الاخر ماية دينار
قيمتها الف فاشتريا عبدا ثم زادت قيمة الدنانير او انتقصت
لا تفسد المفاوضة ويكون العبد بينهما نصفين ولو كانت الزيادة
او النقصان بعد الشرا معتبرة وجب ان تفسد لزيادة نصيب احدهما
تبين بهذا انه لا ينظر الى زيادة القيمة ونقصانها بعد الشرى لان
الشركة تاكدت بالشرى فلا تتغير بعد ذلك رجل دفع الى رجل
ماية دينار قيمتها الف وخمسماية على ان يشتري وبالف من عنده ويبيع
مما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان جاز لان الدافع دفع ماله
مضاربة على ان تكون المضاربة من ربح ماله سدس وله خمسة اسداس
لانهما ان كانت شركة صورة لاشتراط راس المال من الجانبين لكن
لا يمكن تصحيحها شركة لان العمل شرط على المدفوع اليه المال لا غير
وفي الشركة يكون العمل مشروطا عليهما فكانت شركة صورة مضاربة معنى

معنى ولا نا ذكرنا في اصل الباب ان من شرائط صحة الشركة ان يكون مضافة الى مال
عين وقت العقد او وقت الشرى والالف الذي شرط على المدفوع اليه دين فلا
يمكن تصحيحه شركة فيصح مضاربة وفائدة قوله بالف من عندك انه لا
يضمن بالخلط فصار كانه قال دفعت اليك هذه الماية مضاربة على ان تعمل وبالالف
ثانية من عندك على ان يكون الربح بيننا نصفين ولو نص على هذا كانت مضاربة
وكان شارطا سدس ربح ماله لانهما لو سكتنا عن شرط مناصفة الربح وقال على
ان ما رزق الله كان بيننا كان الربح بينهما اخماسا على قدر راس مالهما فاما قالا نصفان
فقد شرط للعامل بنصف الربح وذلك خمسان ونصف خمس فصار شارطا له
نصف سهم من ثلثة اسهم من حصته وذلك سدس ولان تقدير كلامه لانه قال
اعمل بمالك ليكون لك ربحه وهذه سورة في ملكه واعمل بمالي ويكون الربح بيننا
على ستة اسهم خمسة اسداسه لي وسدسه لك وهذه مضاربة صحيحة
وطريق معرفته انا نحتاج الى حساب له خمس ونصف لان المال بينهما اخماس واشتراط
الربح نصفين ومخرج الخمس والنصف عشرة فمال الدافع ثلثة اخماسه وذلك
ستة ومال المدفوع اليه خمسان وهو اربعة ولولا الشرط كان الربح بينهما اخماسا
فبهذا الشرط جعل له نصف الخمس وهو سهم من عشرة من ربح جميع المال او سدس نصيب
الدافع وانه شرط صحيح لانه شرط لا ينقطع الشركة به فلو لم يشتر شيئا
حتى هلك احد المالين هلك من صاحبه لان الهالك ملك صاحبه بيقين ولم يدخل
في ضمان الاخر بالقبض غير انه ان هلكت الدراهم بقيت الدنانير مضاربة بشرط الربح
اسداسا وان هلكت الدنانير بطلت المضاربة ولو اشترى بالمالين شيئا
يكون المشترى بينهما اخماسا اعتبارا لراس المال يوم الشرى فان باع وربح
ياخذ كل واحد منهما راس ماله وربح الدراهم المدفوع اليه لانه ملكه ولم يشترط لغيره
وربح الدنانير بينهما على ستة بقضية الشرط فان لم يشتر شيئا حتى
رجعت قيمة الدنانير الى الف فاشترى بها وبالف من ماله جارية كانت
الجارية بينهما نصفين لاستوا راس مالهما يوم الشرا فلو باع الجارية مساومة
او مرابحة يقسم الثمن مع ربحه بينهما نصفين حتى لو باعها بثلاثة الالف
درهم فنصف الثمن وهو الف وخمس ماية لصاحب الدراهم فحصل له ربح خمس
ماية من ماله ونصف الثمن مع ربحه حصة صاحب الدنانير ياخذ من ذلك
راس ماله وذلك ماية دينار قيمتها الف وخمس ماية ربح وربح الدراهم
المدفوع اليه خاصة لانه ربح ملكه ولم يشترط لغيره ولو اشترط لكان
لا يستحق عليه لانعدام راس المال والعمل وخمسماية ربح الدنانير لم
تكن بينهما على ستة ولا يتغير شرطه بتغير راس المال لان الربح انما يستحق

بحكم الشرط ويوم الشرط كان راس مال الدافع ازيد وقد شرط الربح نصفين فصار
شارطا في المدفوع اليه الربح من نصيبه فصارت مضاربة صحيحة ولا يتغير بنقصان
المال حقيقة لا يتغير بتغير السعر اولى ولو كان المضارب اشترى بالدراهم شيئا
فلم يربح واشترى بالدنانير وربح خمس مائة فله سدس ما ربح في الدنانير لان الدافع
شرط كذلك ولو ربح فيما اشترى بالدنانير فالربح له ولو ربح فيما اشترى به
بالدراهم ولم يربح فيما اشترى بالدنانير فالربح له خاصة ولا شي لصاحب الدراهم
لان صاحب الدراهم لم يشترط له شيئا ولو شرط لكان لا يستحق لما قلنا ولو لم يشتر
شيئا حتى انتقصت قيمة الدنانير ورجعت الى ثمان مائة ثم اشترى بها وبالف من ماله
عبدا فان خمسة اتساع العبد للمضارب واربعة اتساعه لرب المال لان المعتبر في ثبوت
الملك في المبيع قيمة المالين يوم الشرى وراس مال المضارب يوم الشرى الف
وراس مال الدافع ثمان مائة والتفاوت بينهما بقدر ما تبين وراس مال المضارب يوم
الشرى الف وراس مال الدافع ثمان مائة والتفاوت بينهما بقدر ما تبين
فيجعل ذلك سهما فصار الالف خمسة اسهم وثمان مائة اربعة اسهم فان باعه
بربح الف درهم استوفى كل واحد منهما راس ماله لانه وجد كل واحد منهما راس ماله وله
وللمضارب خمسة اتساع الربح خاصة لانه ربح ماله واربعة اتساع الربح حصة
الدنانير للمضارب سدسه ولرب المال ما بقي بحكم الشرط ولو لم يبع العبد
حتى زادت قيمة الدنانير فصارت الفا ثم باع العبد بثلاثة الالف درهم
فان المضارب ياخذ خمسة اتساع الثمن لان العبد كان بينهما اتساعا خمسة
اتساعه للعامل واربعة اتساعه للدافع لان قيمة راس مالهما يوم الشرى كذلك
فياخذ العامل خمسة اتساع الثمن وذلك الف وستمائة وستة وستون وثلثان
يرفع من ذلك راس ماله وذلك الف وما بقي من ذلك فهو ربح ماله فيكون له خاصة
وصاحب الدنانير ياخذ اربعة اتساع الثمن وذلك الف وثلثمائة وثلاثة
وثلاثون وثلث يدفع من ذلك راس ماله وذلك مائة دينار قيمتها الف
وما بقي من ربح حصة وذلك ثلثمائة وثلاثون وثلث بينه وبين
المضارب على ان سدس للمضارب وذلك خمسة وخمسون درهما ونصف
درهم وجزء من ثمانية عشر جزءا من درهم وخمسة اسهم لرب المال
وذلك مائتان وسبعة وسبعون درهما ونصف درهم وخمسة اجزا
من ثمانية عشر جزءا من درهم لانه كذلك شرط ولو كانت قيمة
الدنانير الفا فاشترى بها وبالالف من عنده عبدا ثم ازدادت قيمة الدنا
الدنانير حتى صارت تساوي الفا وخمسمائة فالعبد بينهما نصفان
لما ذكرنا ان المعتبر لوقوع الملك في المشترى قيمة المالين يوم الشرى وقيمتها يوم الشرى

الشرى على السوا فلا يبطل ذلك بتغير السعر فلو باع العبد بثلاثة الالف درهم فالثمن
بينهما نصفين لما قلنا ان للعامل نصفه وذلك الف وخمسمائة ونصفه لرب المال
ياخذه براس ماله لان قيمة راس المال لتحصيل راس المال يعتبر يوم القسمة على ما مر
وقيمة راس ماله يوم القسمة الف يوم القسمة الف وخمس مائة فربح مضاربته لم يحصل
فيها ربح رجل دفع الى رجل مائة دينار قيمتها الف على ان يعمل بها وبالالف من ماله فما رزق الله
تعالى فيه من شي فهو بينهما نصفان جاز لان هذا استبضاع معنى لانه وان كان صورة
الشركة لاشتراط راس المال من الجانبين لا لكن لا يمكن تصحيحه شركة لان المشروط
عمل احدهما ولا يمكن تجويزه مضاربة لان الدافع لم يشترط للعامل شيئا من ربح ماله
فجوزناها استبضاعا فصار كانه قال اعمل في مالي على ان يكون ربح مالي كله لي وان تعمل
في مالك ليكون ربح مالك كله لك فيكون استبضاعا لكن فائدة قوله وبالالف
من مالك انه لا يضمن بالخلط بماله فان لم يشتر بها شيئا حتى زادت قيمة الدنانير
فبلغت الفا وخمس مائة ثم اشترى بالمالين جارية فهي بينهما اخماسا خمساها
لصاحب الدراهم وثلثة اخماسها للدافع لان قيمة راس مالهما يوم الشرى كذلك
فان باعها مرابحة بالفي درهم استوفى كل واحد منهما راس ماله لان كل واحد منهما
يوم القسمة وجد في المال على راس ماله لان تقدير بيع المرابحة كان العامل
قال للمساوم منه بعتك هذا العبد بما كان قدر راس مالي في هذا العبد وذلك
مائة دينار والف درهم وزيادة الف درهم ولهذا لا يصح بيع المرابحة في الموروث
والموهوب والمشترى بالعرض ولو صرح بهذا كان كل واحد منهما واحد راس
ماله فياخذه وما بقي من الربح وذلك ان يقسم بينهما على قدر راس مال الدافع يوم
ظهر الربح وذلك الف وخمسمائة وراس مال العامل وذلك الف ويقسم الربح بينهما
اخماسا وكذلك لو باعها مساومة بثلاثة الالف درهم يقسم الثمن والربح
بينهما اخماسا لان ملكهما في المبيع كذلك فيقسم الثمن والربح على قدر لما ذكرنا
ان هذه بضاعة لم يشترط للعامل شيئا من الربح من نصيب الدافع ولو لم
تزد قيمة الدنانير حتى اشترى المدفوع اليه بها وبالف من عنده عبدا
ثم بلغت قيمة الدنانير الفا وخمس مائة ثم باعه بثلاثة الالف درهم
مساومة كان الثمن بينهما نصفين لان ملكهما في العبد كذلك لاستوا
راس مالهما يوم الشرى فياخذ العامل نصف المال الفا وخمس مائة
فاستوفى من ذلك راس ماله الفا وما بقي فهو ربح له واخذ رب المال
نصف المال الفا وخمس مائة لان في بيع المساومة الثمن والربح يقسم
على قدر الملك على مايتا ويستوفي من ذلك راس ماله وذلك مائة دينار قيمتها
الف وخمس مائة فلا يكون له ربح هذا اذا باع العامل العبد مساومة وان باعه

مرابحة ربح الفا استوفى كل واحد منهما راس ماله الدافع ماية دينار والعامل الف درهم
لان كل واحد منهما وجد عين ماله لما قلنا يبقى الف درهم ربح يقسم بينهما اخماسا لم
لصاحب الدراهم خمساه لان الثمن والربح في بيع المرابحة انما يقسم على قدر راس
مالهما يوم ظهر الربح الف وخمس ماية وراس مال الاخر الف فيقسم الربح اخماسا
وهذا لان الربح يبنى على ضمان البيع الاول كالثمن وضمان البيع الالف عليهما بالدنانير
والدراهم يوضحه ان في بيع المرابحة لو اعتبرنا الملك في قسمة الثمن من الثمن الاول
كان البيع مرابحة في حق احدهما وضيعة او تولية في حق الاخر وقد نصا دعا على بيع
المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول في ذلك بخلاف بيع
المساومة ولهذا قلنا لو اشترى نصف عبد بماية درهم واشترى رجل اخر
النصف الباقي بمايتي درهم ثم باعاه بربح ماية درهم او قالا بالعشرة احد عشر
كان الثمن بينهما اثلاثا وكذا لو رجلا براس المال او باعاه بوضيعة كذا فالثمن بينهما
اثلاثا لان بيع المرابحة والتولية والوضيعة باعتبار الثمن الاول ويبنى عليه والثمن
الاول كان اثلاثا بينهما فكذلك الا في الاثر عانه لا تستقيم هذه البيوع في الموروث
والموهوب بخلاف بيع المساومة ولو دفع اليه ماية دينار قيمتها الف على
ان يعمل بها وبالف وخمسماية من ماله فما رزق الله تعالى من شيء
فهو بينهما نصفان كان هذا بضاعة والربح بينهما على قدر راس مالهما وشرط
مناصفة الربح باطل لانهما لما شرطا المناصفة في الربح لم يشترط الدافع
للعامل من ربح ماله شيا بل شرط لنفسه بعض ربح مال العامل وهو سدس
ربح ماله وذلك نصف سهم من ثلاثة اسهم فصار بقدره لا كانه
قال له الدافع اعمل بمالي على ان يكون ربح مالي كله لي فيكون مستبضعا واعمل
بمالك ليكون ربح مالك بيني وبينك وانه لا يصح لانه شرط ربح
مال صاحبه لنفسه من غير عمل ولا ضمان فبطل الشرط فتبقى بضاعة
كانه سكت عن ذكر الشرط وقال على ان ما رزق الله تعالى من
من ربح فهو بيننا ولو قال هذا كان الربح بينهما على قدر راس مالهما
اخماسا فان اشترى المدفوع اليه بالمالين عبدا ثم باعه مساومة
بثلاثة الالف درهم فيكون الثمن بينهما اخماسا للعامل ثلاثة
اخماسه ولصاحب الدنانير خمساه على ما في الكتاب وقال لان المضاربة
كانت فاسدة يريد به اذا لم تصح المضاربة كان الربح على قدر راس اموالهما
وهذا لما ذكرنا ان الثمن في بيع المساومة عوض عن الملك وملكهما
فيه اخماسا فكذا الثمن وسوا تغيرت قيمة الدنانير بعد
الشرى اولا لم يتغير الحكم في المساومة ولو باعه مرابحة بالف درهم

درهم بان كانت قيمة الدنانير يوم البيع الفا كما كانت ياخذ كل واحد منهما راس
ماله لانه وجد عين راس ماله فيستوفي العامل الفا وخمسماية والدافع ماية دينار وما بقي
من الربح فللعامل راس ثلاثة اخماس ولصاحب الدنانير خمساه على قدر راس مالهما
فان لم يشتر الدافع اليه سبيلي حتى بلغت قيمة الدنانير الفا وخمسماية ثم اشترى
بالمال عبدا اي بالمالين عبدا يكون العبد بينهما نصفين لاستوا مالهما يوم الشرى فلو باعه مرابحة
بالف درهم اخذ كل واحد منهما راس ماله والربح بينهما نصفان لان الربح يقسم على قدر
راس مالهما يوم ظهر الربح وراس مالهما يوم ظهر الربح بنصفان ولو باعه بثلاثة
الالف درهم او باكثر مساومة فالثمن بينهما نصفان لان الثمن والربح في بيع المساومة
يقسم على ملكهما في المبيع وملكهما في المبيع نصفان وكذا لو نقصت قيمة
الدنانير بعد الشرى فرجعت الى الف ثم باع العبد بثلاثة الالف درهم
مساومة كان الثمن بينهما نصفين لان المبيع بينهما نصفان ولو باع مرابحة
من ربح الف درهم استوفى كل واحد منهما راس ماله واقتسما الربح على خمسة اسهم
لصاحب الدراهم ثلاثة اخماس وخمساه للاخر لان قيمة راس مالهما
يوم ظهر الربح كذلك فيقسم على قدر الضمان ولو ازدادت قيمة الدنانير
بعد الشرى حتى صارت الفا وخمسماية فان كل واحد منهما ياخذ ماله والالف
الربح بينهما نصفين باعتبار حاصل الضمان وضمانهما سوا ولو انتقضت حتى
صارت خمسماية يوم البيع فان كل واحد منهما يستوفي راس ماله والربح يقسم
بينهما ارباعا ثلاثة ارباعه لصاحب الدراهم وربعه لصاحب الدنانير لما ذكرنا
وفي النوادر لو دفع الى رجل الف درهم على ان يعمل بها على ان له ربحها وعليه الوضيعة
فهلكت قبل الشرى فالقابض ضامن لها لان المعطي مقرض المال منه حين شرط
ان الربح كله له والوضيعة فهو اشارة الى انه يعمل بها لنفسه وذلك لا يكون الا
بعد الاقتراض والقبض بحكم القرض يقتضي ضمانه ولو قال اعمل بها على ان
ان الربح بيننا والوضيعة بيننا فهلكت قبل ان يعمل بها فلا ضمان عليه
في قول ابي يوسف رحمه الله تعالى لانه امره بالعمل بها على وجه الشركة
والمال امانة في يد الشريك وثبوت حكم القرض في المنصرف هنا يقتضي لم
الشرى لانه في النصف يصير مشتريا لنفسه مما ينفذ فيه من الثمن يكون
قرضا عليه فلا يثبت ذلك قبل الشرى وعند محمد رحمه الله تعالى هذا والاول سواء
فاذا هلكت بعد الشرى بها وعليه ضمان نصفها المعطي اعتبار الجزء بالكل وهذا
لانه شرط الوضيعة عليه في النصف وذلك لا يكون الا بطريق الاقراض
فان المضارب ليس عليه من الوضيعة شيء فجعلناه مقرضا نصف المال منه
وضمان القرض يثبت بالقبض فكان النصف هنا بنصف بمنزلة الكل والله اعلم

باب شركة الرجلين يكون بينهما الجارية او الدار والشركة في جناية المكاتب

اصل الباب ان الدين اذا كان مشتركا بين اثنين فما قبض احدهما كان للاخر ان يشاركه فيه سواء وجب بدلا عما هو مشترك بينهما كما لو باعا عبدا مشتركا بينهما صفقة واحدة او وجب بدلا عما ليس بمشترك بينهما كرجلين اسلما عشرة دراهم الى رجل في كر حنطة صفقة واحدة والعشرة غير مشتركة بينهما بان كانت الخمسة ملك احدهما والخمسة ملك الاخر واذا لم يكن مشتركا بينهما فما قبض احدهما يسلم له ولا يكون لغيره حق المشاركة كعبد مشترك بين اثنين باع كل واحد منهما نصيبه من رجل بصفقة على حدة الا ان يتحد محل الاستيفاء ويزدحم الحقان وضاق المحل على ايفاء حقهما فحينئذ تثبت الشركة حتى ان ما يقبضه احدهما كان للاخر ان يشاركه فيما قبض اما الاول فلان السبب متى كان متحدا كانا شريكين في السبب لان السبب وجد منهما معا فتثبت الشركة في السبب فيثبت في الحكم ولاية دين واحد فيجب القول في الشركة تحقيقا للاتحاد واما الثاني فلانه لم تثبت الشركة في السبب لان كل واحد منهما مفرد بالسبب فلا تثبت الشركة في الحكم ولانهما مالان مختلفان فلا يشتركان فيما استوفاه احدهما الا اذا اجتمعا في محل واحد وضاق المحل عن ايفائهما فحينئذ تثبت الشركة بينهما صورة ازدحام الحقين في محل واحد كالشركة اذا اجتمعت فيها الديون والعبد او المدبر او ام الولد حتى جنايات موجبة للمال والحر اذا قتل جماعة والعبد المديون اذا بيع برضى الغرماء والثمن لا يفي بحقوقهم وهذا لان في الوجه الاول لو لم يثبت حق المشاركة كان فيه قسمة الدين قبل القبض فانه لا يجوز لما ذكرنا وفي الوجه الثاني لو لم يختص القابض تثبت فيه الشركة قبل القبض وفيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وانه لا يجوز ولهذا قال ابو حنيفة رضي الله تعالى عنه ومحمد رحمه الله تعالى لو اسلم رجلان الى رجل في طعام فصالحه احدهما على راس ماله فالصالح موقوف فان اجازه الاخر جاز والمقبوض بينهما وما بقي من الطعام مشترك بينهما وان لم يجزه بطل لان في هذا الصلح قسمة الدين قبل القبض لانه ان صالحه عن نصيبه خاصة فلا يتحقق ذلك الا بتمييز نصيبه عن نصيب صاحبه وهذا هو القسمة وان صالحه من النصف من النصيبين فلا يمكن تصحيحه بدون اجازة الاخر لتناوله نصيبه وفقهه ان وجوب المسلم فيه بعقدهما اذ هو لم يكن موجودا قبل العقد والعقد منهما واحد فكل واحد منهما في التصرف فيه كشطر العلة وبشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم ما لم يتم ذلك بالاجازة كالامة بين رجلين والمعتقة بين رجلين اذا زوجها احدهما كذلك هنا اذا كان البيع

البيع صفقة واحدة كان تمام البيع بكلاهما ولهذا لو قبل البيع في نصيب احدهما دون الاخر لا يجوز فكان علة وجوب الثمن عقدهما فكان مشتركا بينهما فما قبض احدهما يكون بينهما وحرف اخر ما ذكرنا ان المال المشترك اذا توى منه شيء يكون التوى على الشركة وما بقي يبقى على الشركة لان احدهما بصرف الهلاك الى نصيبه ليس باولى من الاخر وحرف اخر ولد المغرور حر باجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين بالقيمة يوم الدعوى والمعنى فيه ان ولد المغرور في حق المستولد حر الاصل وفي حق المستحق كانه رقيق مملوك له بملك الاصل وهو الجارية لانه لا وجه لايجاب الضمان الا هذا فان المقتل الماء غير متقدم ليضمن بالاتلاف وانما يضمن المملوك بالمنع فيصير المغرور مانعا للولد عما ثبت فيه من الحرية حقا له وهذا لان النظر من الجانبين واجب في حق جانب المغرور في حرية الولد لانه لم يرض برقه وفي جانب المستحق في رق الولد لكي لا يبطل ملكه عما هو جزء من ملك ملكه فيجب ضمان المالية على المغرور لمنعه بعد الطلب ولهذا اعتبرت القيمة يوم الخصومة لان المنع انما يتحقق بعد الطلب ولانه لو كان رقيقا مملوكا حقيقة لم يكن مضمونا قبل الطلب فان ولد المغصوبة امانة عندنا فاذا لم يكن مملوكا مملوكا اولى ان لا يكون مضمونا حتى لو مات قبله لا يجب على الاب شيء ولا ولي للمستحق عليه لانه علق حر الاصل وانما قدرنا الرق فيه لضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة هذا كما قال ابو يوسف رحمه الله تعالى فيمن تزوج امرأة على هذا العبد فاذا هو حر فانه يجب عليه قيمته لو كان عبدا ولا يلزم منه الرق لانه لتقدير القيمة فاذا كان سبب وجوب القيمة المنع وانه يتحقق عند القضاء بالقيمة ينظر الى القضاء فانه فان وقع دفعة واحدة كانت القيمة مشتركة لاتحاد السبب وان وقع متفرقا لم يكن مشتركة لاختلاف السبب فرق بين ولد المغرور بالنكاح والشراء وبين المولى اذا ادعى ولد امة مكاتبة وقد جلت بعد الكتابة وصدقه المكاتب ثبت النسب منه ويغرم قيمته يوم الولادة وان كذبه لا يثبت النسب وان كان المولى مغرورا في الاستيلاد فان سبب ملك الجارية قائم له وهو ملك رقبة المكاتب الا انه لم يبعد الملك لمانع فيكون مغرورا كالمشتري اذا استولد ثم استحقت ولا يقال لو كان مغرورا وجب ان لا يتوقف ثبات النسب على التصديق لانا نقول انما اعتبرنا التصديق ليثبت العلوق منه حتى لو كان وطئ المولى ظاهرا لا يشترط تصديقه وفي مسئلتنا لا يشترط تصديقه ويغرم قيمته

يوم الخصومة والثالث ان المشتري اذا علم تقدم الملك وغصب البايع
لا يكون مغرورا ولا يثبت النسب منه والمولى يكون مغرورا علم تقدم الملك لنفسه
اولم يعلم اما الاول فلان المستولد غاصب في زعم المستحق وولد المغصوب امانة
عندنا وانما يضمن بالمنع بعد الطلب ولم يوجد الطلب قبل الخصومة فيضمن
يوم الخصومة اما المولى ليس بغاصب في زعم المكاتب بل مستولد بنا على
سبب الملك متلف للولد باعتاقه من وقت العلوق فكان سبب الضمان الاستهلاك
عقيب العلوق الا انه لا يمكن اعتبار قيمته قبل الولادة فيعتبر في اول اوقات الا
مكان كاحد الشريكين في الجنين اذا اعتقه وهو موسر نصف قيمته
يوم الانفصال واما الثاني فلان المولى علم بحرمة الوطي فكان الظاهر
عدمه وعدم الاعلاق فلا يصدق فيه الا بتصديق المكاتب وفي الشرى الوطي
حلال بزعم المشتري بنا على وجود الملك ظاهرا فلم يكن في الوطي والاعلاق
مكذبا بحكم الظاهر فلا يتوقف ثبوت النسب على التصديق واما الثالث
فلان سبب ثبات النسب في الفصلين الغرور وفي الشرى اذا علم المشتري
بغصب البايع فقد علم ان الشرى ليس بسبب الملك من حيث الظاهر
فلا يكون مغرورا وسبب الغرور للمولى قيام ملك رقبة المكاتب وذلك
قائم على كل حال فكان مغرورا بكل حال والله تعالى اعلم اذا عرفنا
هذا قال محمد رحمه الله تعالى جارية بين رجلين غصبها رجل
وباعها من رجل وهو لا يعلم بغصبه اياها فولدت اولادا ثم ان
المغصوب منهما اقاما البينة على ان الجارية ملكهما فان القاضي
يقضي بالجارية بينهما نصفين وبعقرها وبقيمة الولد يوم يختصمون
اما الجارية فلانهما استويا في الدعوى والبينة فيقضي بينهما كما في
سائر الدعاوي واما العقد فلانه ظهر ان وطيه صادف
ملك الغير والوطي في دار السلام لا ينفك عن عقوبة او غرامة
وقد تعذر ايجاب الحد للشبهة فوجب العقد بينهما سوية واما قيمة
الولد فلما ذكرنا من اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولانه اجتمع
فيه حقان حق المستحق وحق المستولد لما ذكرنا وتعذر مراعات
الحقين فكان مراعات حق المستولد في حريته مادته اولى فانه لو بطل يبطل
من غير عوض وحق المستحق لو بطل يبطل بعوض والابطال بعوض يعدله
اقل ضررا ولان فيه مراعات حق المستحق بشخصين وانما اعتبرنا
للقيمة يوم الخصومة لانه تعذر ايجاب القيمة يوم العلوق لانه في ذلك الوقت
كان ماء مهينا لا قيمة له وتعذر ايجابها يوم الولادة لانه لم يوجد يوم الولادة من المستولد

من المستولد اعتاقا لانه على حرية الاصل ولهذا لم يكن المستولد عليه ولاء وقال بعض
العلماء رضي الله تعالى عنهم الولد مضمون بالمثل الغلام والجارية بالجارية لما روي عن يزيد بن
عبد الله بن قسيط رحمه الله تعالى قال ابقت امة فاتت بعض القبايل فانتمت الى
بعض قبايل العرب فتزوجها رجل من بني عذرة فنثرت له ابنها ثم جاء مولاها
فرفع ذلك الى عمر الخطاب رضي الله تعالى عنه فقضى بها لمولاها وقضى على
اب الولدان يفدي اولاده الغلام والجارية بالجارية وتاويله عندنا الغلام
فالجارية بقيمة الجارية والمراد المماثلة في المالية لا في الصورة فانه ثبت
بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل كما قال عليه الصلوة والسلام في العبد
بين اثنين يعتقه احدهما ان كان موسرا ضمن نصف قيمته وهكذا روى
عن عمر رضي الله عنه وعن الشعبي رحمه الله تعالى ان رجلا اشترى جارية فولدت
منه فاستحقها رجل ورفع ذلك الى علي رضي الله تعالى عنه فقضى بالجارية
لمولاها وقضى باولادها ايضا لمولاها وقضى للمشتري على البايع ان يفتك
وله بما غروه فان لم يرد بقوله قضى باولادها لمولاها ان يسلم الاولاد اليه
وانما المراد جعل الاولاد في حقه كانهم مملوكون له حيث القيمة له على المغرور
واضاف ذلك الى البايع بطريق ان قرار الضمان عليه فان المشتري يرجع على
البايع بما غرم من قيمة الاولاد ومعنى قوله بما غروه بالقيمة بالغة ما بلغت
دل عليه ما ذكرنا من حديث عمر رضي الله تعالى عنه فانه دل على كونه حرا بعوض ياخذ
المستحق من المغرور ثم المستولد لا يرجع على البايع بالعقر عندنا وعند
الشافعي رحمه الله تعالى عنه يرجع بالعقر عليه لا يرجع بقيمة الولد لانه ضمان
لزمه بسبب فوت السلامة المستحقة لكنا نقول انما يلزمه
العقر عوضا عما استوفي من منافع البضع فلو رجع به سلم المستوفي
له مجانا والوطي في ملك الغير لا يجوز ان يسلم للواطي مجانا وكذا لو ملكهما
بهبة او صدقة او وصية واستولدها ثم استحقت يكون الولد حرا بالقيمة
لان الموجب للغرور ملك مطلق للاستيلاد في الظاهر وهو موجود
وما هو الظاهر لو كان حقيقة الولد حرا فباعتبار الظاهر تثبت حرية الولد
ايضا الا ان هنا لا يرجع بقيمة الولد على الواهب وغيره هنا عندنا
وعند الشافعي رحمه الله تعالى يرجع لان الغرور تحقق منه بايجابه
الملك له في الملك واخباره انها مملوكته سواء كان بعوض او بغير عوض
ولكنا نقول بمجرد الغرور لا يكفي لاثبات حق الرجوع فان من
اخبر انسانا ان هذا الطريق امن وسلك فيه واخذ اللصوص متاعه لم يرجع
على المخبر بشيء وانما ثبوت حق الرجوع باعتبار عقد المعاوضة لان صفة

السلامة مستحقة فاما بعقد التبرع لا يصير صفة السلامة مستحقة ولهذا لا يثبت
حق الرد بالعيب فلم يكن له ان يرجع على المتبرع بقيمة الاولاد وهذا لان عقد التبرع
لا يكون سببا لوجوب الضمان على المتبرع عليه الا ترى ان الملك لا يحصل به قبل
التسليم لكيلا يلزمه ضمان التسليم فان قضى القاضي بالجارية والعقر وقيمة
الولد يوم الخصومة وقبضا الجارية ولم يقبضا العقر وقيمة الولد حتى غاب احدهما
وقبض الحاضر بنصف العقر ونصف قيمة الولد حصة الغاصب فهو بالخيار
ان شاء شارك شريكه فيما قبض وياخذ منه نصف ما قبض ثم يرجعان على المشتري
بما بقي فيكون بينهما وان شاء سلم له ما قبض ويرجع على المشتري بنصف العقر
ونصف قيمة الولد اما للحاضر ان ياخذ حصته لان العقر وقيمة الولد مشترك بينهما
نصفين لانه بين وجبا لهما على الواحد بسبب واحد وهو الوطي فكان له ان ياخذ
حصته كما لو باعا عبدا مشتركا بينهما او اقرضاه مالا مشتركا بينهما او استهلك
مالا مشتركا بينهما واما غير الغاصب فلان القابض قبض دينا مشتركا بينه
وبين الغاصب وجب لهما بسبب واحد وهو الوطي وقضا القاضي بقيمة الولد
بسبب واحد وهو المنع واحد الشريكين اذا قبض شيئا من الدين المشترك كان
الساكت بالخيار ان شاء شارك القابض لانه لو لم تثبت له المشاركة ادى الى
ان ينفرد واحد الشريكين بالقسمة وانه لا ينفرد به سواء كان دينا او عينا
وان شاء اتبع الغريم لان اصل الحق كان عليه وهذا لان المقبوض ملك القابض
لانه كان خالص ملك المديون وقد قضاه الان للساكت حق المشاركة فاذا
سلم المقبوض للقابض فقد بطل حقه في المشاركة ولذلك فلو اراد
ان يرجع على شريكه بعد ما سلم لم يكن له ذلك لان المقبوض ملك القابض
لما قلنا ولهذا ينفذ تصرفاته فيه ويلزم حتى لا يكون للساكت نقضه
وقد ملكه المديون وصح تمليكه الا انه لما جعل ذلك من استيفاء الدين
وهو مشترك بينهما لا يستقيم ان يفضل نصيب احدهما على نصيب
الاخر فيثبت له على حق المشاركة لتحقيق التسوية بينهما فاذا سلم فقد
رضي بالتفاوت وصار ذلك بمنزلة قسمة الدين لتعين نصيب
احدهما وبقا نصيب الاخر دينا ودخل فيه معنى المفاوضة لان
قضية الشركة ان يكون ما قبض مشتركا بينهما وما بقي مشتركا فصار
بالتسليم كانه يبيع نصيبه مما قبض بنصيبه مما بقي دينا وقد تم ذلك
بالتراضي فلا يكون له ان يرجع الان سوى ما بقي على المشتري فحينئذ
يرجع بقسطه من العوض لان الساكت انما يسلم للقابض ما قبض بشرط
ان يسلم له ما على الغريم فاذا لم يسلم عاد حقه في المقبوض ولانه انعقدت

انعقدت المعاوضة بينهما لما ذكرنا فاذا لم يسلم له العوض يرجع بالمعوض كما في
سائر المعاوضات وكما في الحوالة اذا توى المال على المحال عليه وكما في الصلح عن الدين
عن عين اذا هلك العين قبل القبض والتوى بموت الغريم مفلسا عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى لا غير وعندهما هذا وان يفلسه القاضي ويحجره عن التصرف وصورة
ذلك اذا ارتقبه الديون وطلب الغرما من القاضي تفليسه وهو ان يمنعه من التصرف
في ماله مخافة ان يبذر ويفسد ماله لغير فيتلف عليهم حقوقهم فالقاضي يحجر عليهم
ويجعله محجورا عن التصرف في ماله لحق الغرما حتى لا يجوز تصرفه بعد ذلك
مسئلة الحجر على الحر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز وعندهما يجوز فلا
يثبت بالقضا التوى عنده وعندهما يثبت فرق بين الحجر بسبب الدين والحجر
بسبب السفه والتبذير فيحجر السفيه يظهر في المال القائم وقت الحجر لا فيما يحدث
بعده والحجر بسبب التبذير والسفه يظهر في المال القائم والحادث لان الحجر بسبب
الدين انما كان لتعلق حق الغرما بماله كحجر الراهن بحق المرتهن وحجر القاضي يتعلق
بحق الغرما بالمال الموجود فيقتصر عليه اما الحجر بسبب السفه انما كان لقصور رايه
فيظهر في الكل ويبطل تصرفاته الا فيما يصح مع الهزل ولو ان اما المستحقان البينة
على الجارية فقضي لهما بها وقبضاها او لم يقبضاها ولم يقض بالعقر وقيمة الولد حتى
غاب احدهما وحضر الشاهد فان القاضي يدفع اليه نصف الجارية ويقضي له بنصف
العقر وبنصف قيمة الولد لان ذلك حقه فيامر بالدفع اليه ولا يمتنع الدفع بغيبة
الشريك ولا يقضي بالكل لانه ليس بخصم عن الغاصب فاذا قبض ذلك ثم حضر الغائب
ان شاء اخذ من شريكه نصف ما اخذ من الجارية والعقر ولا يشركه فيما اخذ من
قيمة الولد وان شاء سلم له ما اخذ وقبض ويتبع المشتري بنصف الجارية ونصف
العقر ونصف قيمة الولد اما الخيار ولما ذكرنا واما اخذ الجارية من الشريك فلانها كانت
مشتركة بينهما وبالغصب لا ترتفع الشركة فما قبض يكون بينهما كالمكيل والموزون
بعينه اذا كان مشتركا وغصبه غاصب ثم اخذ احد الشريكين نصفه كان للاخر ان
يشاركه فيه واما اخذ نصف العقر لانه بدل محل مشترك بينهما وهو البضع فكان
مشتركا بينهما كالثمن وارش اليد وقد وجب بسبب واحد وهو الوطي من غير
حاجة الى القضا ولهذا لو هلكت الجارية قبل القضي كان المشتري مطالبا به لتحقق
سببه وهو الوطي واما عدم اخذ القيمة فلان ما اخذ من القيمة غير مشترك بينهما لان
سبب وجوب قيمة الولد المنع وقضى القاضي والمنع وجد في حق الشريك
الاول دون الثاني وكذا القضا لانعدام الخصومة منه ولهذا لو هلك الولد قبل القضا
لا يضمن المشتري قيمته ولو قضى للاول بنصف القيمة واستوفى الاول او لم
يستوف في حق قيمة الولد ليس للثاني ان يشارك الاول فيما قبض ولا يقضي

القاضي بشيء ولهذا تعتبر قيمة الولد في حق الاول يوم القضا له وفي حق الثاني يوم القضا
للثاني فعلم ان سبب الضمان في حق الولد مختلف فكان بمنزلة دين وجب بسببين
مختلفين وهذا لان انما ينقلب مالا بالقضا فاذا وقع القضا جملة اشتركا والا فلا
كما في البيع فان حقهما انما ينتقل من العين الى الثمن بالبيع فان كان البيع وقع جملة
فايهما قبض شيا شاركه صاحبه وان وقع متفرقا لا كذلك هنا بل اولى لان حقهما في
المبيع ثابت بوصف التاكد وهنا لا وكذلك لو حضر الشريك قبل ان ياخذ الاول
شيا وخاصم المشتري فقضى له بنصف الجارية ونصف العقر ونصف قيمة الولد
ثم قبض احدهما شيا يشاركه الاخر فيما قبض الا في قيمة الولد لما قلنا هذا كله
اذا كانت الجارية قائمة في يد المشتري فلو ماتت في يده ثم استحقها رجلان واما بالبينة
انها كانت لهما ثم غاب احدهما وحصة الاخر فحكم العقر وقيمة الولد ما ذكرنا انه في المشتري
دون البايع لان العقر وجب بما استحل من فرجها والمشتري هو الذي استحل فرجها وقيمة
الولد عليه ايضا لانه هو المغرور وما قبض احدهما من العقر شاركه الاخر وما قبض من قيمة
الولد ان كان القضا وقع لهما معا شاركه وان وقع متفرقا فلا لما قلنا واما حكم الجارية
فان القاضي يقضي له بنصف قيمتها ان شا على البايع وان شا على المشتري لان نصف قيمة الجارية
حقه وكل واحد منهما غاصب في حقه فكان المغصوب منه بالخيار وان شا ضمن البايع لانه غاصب وان
شا ضمن المشتري لانه بمنزلة غاصب الغاصب فان اختار تضمين المشتري رجع المشتري
على البايع بنصف الثمن لانه لم يسلم له نصف المبيع حين استحق نصف الجارية فان ضمن
نصف القيمة بسبب استحقاق نصف الجارية وهذا لان اداء الضمان يوجب الملك في المضمون
فاذا ضمن نصف القيمة ملكها من جهة المستحق فظهر ان البايع اخذ الثمن منه بغير
حق فيسترد وان اختار تضمين البايع سلم للبايع نصف الثمن لان البايع
لما ضمن نصف القيمة ملك نصف الجارية من وقت الغصب فنفذ بيعه في النصف فسلم له
نصف الثمن وياخذ الحاضر المشتري بنصف قيمة الولد سوا اختار تضمين المشتري نصف قيمة الجارية
او تضمين البايع اما اذا اختار تضمين المشتري فلانه غاصب الغاصب والغاصب او غاصب
الغاصب متى ملك المغصوب باداء الضمان من وقت الغصب لا يملك الولد على ملك المستحق وقد
منعه المستولد وهو المشتري منه يوم الخصومة واما نصف العقر فلانه متى حصل
متى اختار تضمين المشتري وقد انفسخ البيع في نصف الجارية ولهذا يرجع المشتري
على البايع بنصف الثمن فكان المشتري في هذا النصف واطيا ملك المستحق فيضمن
نصف العقر فان قيل في النصف ان انفسخ لكن ملك المشتري هذا النصف
بالضمان من وقت الغصب وهو قبضه بحكم المشتري فظهر ان وطيه في هذا النصف
صادف ملك نفسه الا ترى انه لا يضمن الاكساب ولو اجاز البيع لا يضمن العقر
وان كان الملك تثبت عند الاجازة حتى يشترط قيام المبيع وقت الاجازة بصحتها قيل الغاصب

الغاصب انما يملك المغصوب عند اداء الضمان بالغصب من وجه ولهذا يعتبر قيمتها وقت
الغصب والملك بالغصب ملك ضروري لا يظهر بطريق الاستناد الا في المضمون
ولا يظهر في المنفصل عنه ولهذا لا يظهر في حق الولد في ظاهر الرواية والعقر في معنا
لانه بدل جزء مستوفى وبالاستيفا ينفصل عن العين فاشبه الجزء المنفصل وبدل الجزء لم
والمنفصل فلا يظهر الملك في حقه بخلاف الكسب والارش لانه ضمن بدلهما لان الكسب خلف من
المنفعة لان العين انما تقوم منافعه وتزداد قيمته بزيادة المنافع القائمة بالذات وضمن
بدل الارش لان المغصوب يقوم يوم الغصب بجميع اجزائه الذي كان فاما يوم الغصب فكان
مضمونا كالذات فظهر الاستناد في حق الكسب والارش ولم يظهر في حق الولد ومتى لم يظهر
في حق ملك المستوفى بالوطي لانه في معنى الولد لانه منفصل عن الاصل حالة الضمان فلم يضمن باداء
شيا ولان عند الاستيفا لم يكن المحل مملوكا له فلو ثبت الملك انما يثبت بطريق الاستناد والاستناد
انما يظهر في القائم لا في الغاصب بخلاف الكسب والارش لان الارش بدل الذات وقد ضمن بدله والكسب
من اثار المعنى القائمة بالذات فاشبه الجزء المتصل والعقر يشبه بدل جزء منفصل لانه مقابل ثم
بالمنافع المستوفات التي لها حكم الاجزا والاعيان وبالاستيفا ينفصل عن العين وملك
المضمون لا يظهر في المنفصل ولان المضمون بالغصب المالية والمستوفى بالوطي ليس بمال له
وروي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان الغاصب يملك الارش والعقر باداء الضمان
اذا هلك المغصوب باداء الضمان اذا هلك المغصوب في يده ولا يملك الكسب والولد وعن
محمد رحمه الله تعالى انه يملك الاولاد ايضا فرق بين الوصية والغصب اذا اوصى ان
توهب جارية لفلان ويتصدق بها على فلان او على المساكين ثم مات فولدت وهي وولدها تخرجان
من الثلث ينفذ الوصية فيهما وكذا الارش والعقر والعبد المدفوع بالجناية ولا يتعدى الى الكسب
والغلة والفرق ان الوصية عقد شرعي اضيفت الى الجارية وحكم العقد اذا ثبت في العين
يثبت فيما يتولد وفيما كان من اجزائه تبعا والكسب والغلة ليست من اجزايها ولا بدلا من جزء
وهو عين بل هو كسب ملكه فلا يدخل في الوصية اما الغصب لم يوضع سببا للملك وانما يثبت
الملك عند اداء الضمان تحقيقا للمعادلة فلا يوجب حقا قبل الملك لو ثبت الملك في
الزوائد انما يثبت تبعا للملك في الاصل وعند القضا بالقيمة ملك المضمون مستند
الى وقت الغصب والمستندات ثابتة من وجه دون وجه ولو ملكهما من وقت الغصب
من كل وجه كانت الزوائد كلها له ولو ملكها وقت القصاص كل وجه كانت الزوائد للمولى كما لو لم
اشتراها او صالحه على قيمتها للحال فاظهرنا ملك الغاصب في الكسب والغلة ولم يظهر
فيما عداه توفيرا على الشبهين حظهما والعمل على هذا الوجه اولى لان الملك في الكسب
والغلة اسرع ثبوتا من الملك في الولد الا ترى ان الغاصب اذا اجر المغصوب كانت الاجرة له ولو استولدها
ثم رد المغصوبة كان الولد للمولى فلهذا دخل الولد في الوصية ولا يدخل الغلة والكسب ولا يملك الغاصب
الولد ولهذا لان المستند حكم الملك لا حقيقته ولهذا لا ينفذ عتقه وحكم الملك يكفي لسلامة الكسب دون الولد

الا ترى ان المكاتب يملك كسبه ولا يملك ولده و سعيه الولد فوق سعيه الكسب والغلة الا ترى
ان ولد المكاتب مكاتب بخلاف كسبه بخلاف فيما اذا اجاز البيع تصرف شرعي سبب للملك حال
وجوده الا انه امتنع نفاذه امتنع نفاذه لحق المالك فاذا اجاز نفذ من وقت السبب بخلاف
الغصب هذا اذا اختار تضمين المشتري وان اختار تضمين البايع فكذلك لا يظهر حكم
الملك في حق العقر والولد وكان ينبغي ان يظهر لانه لما اختار تضمين البايع ملك البايع
من وقت الغصب ولهذا نفذ بيعه لان الملك في حق نفاذ البيع مستند الى الغصب فقد
ملكه المشتري بسبب مطلق كانه نفذ بالاجازة الا انه لا ينفذ في حق العتق لانه يثبت مستند
فقلنا بظهوره في حق البيع ولم يقل بظهوره في حق العتق عملا بالشبهين والعمل على هذا
الوجه اولى من العكس لان انعقاد العتق الى الملك فوق افتقار البيع اليه ولهذا يملك
المكاتب البيع ولا يملك الاعتاق واذا نفذ بيعه في نصف الجارية صار المشتري واطيا
ملك نفسه في هذا النصف وهذا روى عن عيسى بن ابان رحمة الله تعالى وحكاه عن محمد
رحمة الله تعالى وقال عرضت هذا المسئلة على محمد رحمة الله تعالى مرارا واجاب هكذا وفي
ظاهر الرواية سوى بين الوجهين لان ملك المشتري بنا على ملك البايع فمتى كان ملك
البايع ضروريا كان ملك المشتري كذلك ولانا ذكرنا ان الملك لا يستند في حق المستوفى بالوطي
كما لا يستند في حق العتق وان استند في حق نفاذ البيع ولان اخذ القيمة بمنزلة اخذ
الجارية ولو اخذ الجارية كان له ان ياخذ العقر قال الفقيه ابو الليث رحمه
الله تعالى ويجوز ان يكون في هذه المسئلة روايتان وهما في قياس احدى
الروايتين يجب العقر وفي الرواية الاخرى لا كما قال في البيع الفاسد اذا اشترى
جارية شرا فاسدا ووطيها وعلقت منه صارت الجارية مستهلكة حكما وللبايع ان
ياخذ قيمة الجارية ولا ياخذ العقر في رواية كتاب البيوع وفي رواية كتاب الشرب
ياخذ كذلك هنا وان قضى للشاهد بجميع ذلك فلم يقبضه حتى حضر الغائب قضى له
ايضا بنصف العقر ونصف قيمة الولد لما ذكرنا وكل شي اخذ احدهما من العقر كان
الاخر ان يشاركه فيه ولا يشاركه فيما اخذ من قيمة الولد لما ذكرنا وبحر الغايب في
نصف الجارية ايضا يريد به بين تضمين البايع المشتري كما قلنا في الشاهد فان
اختار جميعا تضمين البايع او المشتري فقبض احدهما كان للاخر حق المبادلة وحق
المشاركة معه لان القيمة دين مشترك بينهما لانها وجبت بدلا عن محل مشترك بسبب
واحد وهو غصب البايع او غصب المشتري فصار كما لو باعا عبدا بينهما صفقة
واحدة فان اختار احدهما تضمين البايع والاخر تضمين المشتري لم يشتركا في
القيمة لان هذا دين مشترك بينهما لان المحل وان كان مشتركا لكن السبب مختلف
فان السبب في حق احدهما غصب البايع وفي حق الاخر غصب المشتري فكان الدين
مختلفا كما لو باع كل واحد منهما نصيبه من العبد بصفقة واحدة على حدة

على حدة رجل اشترى دارا وهو فيها فاستحق رجل نصفها وقضى له امر المشتري بنقض
البنا لانه ظهر انه بنى على عرصة مشتركة بينه وبين غيره بغير اذن شريكه فان لم ينقض
البنا حتى استحق اخر النصف الباقي من الدار وقضى به لهما امر المشتري بنقض البنا
لانه ظهر انه بنى على عرصة مملوكة للغير بغير اذن مالكهما والمشتري بالخيار ان شا
نقض وياخذ النقض ولا يرجع على البايع بشي مما انفق فيه وان شا سلمه الى البايع
ويرجع عليه بقيمته مبنيا اما اذا اخذ نقضه لانه ملكه ومتى اخذ لا يرجع على البايع
بما لحقه من زيادة غرم في نقض بنائه لانه لما رضي بنقض البنا فقد ابرا البايع عن الزيادة
ولانه لم يملكه شيئا حتى يرجع عليه بضمانه واما اذا سلم الى البايع ويرجع عليه
بقيمته مبنيا لانه لما باع منه فقد ضمن له سعيه الى الابد فاذا لم يسلم له ذلك صار مغرورا
من جهته فكان له ان يرجع عليه بقيمة البنا مبنيا كما يرجع على العاقد بقيمة الولد
فان اختار تضمين البايع لا يكلف المشتري رفع البنا ومونة الدفع على البايع
لانه ضمنه قيمته مبنيا الا منصرفا وان اختار امساكه كلف المشتري برفعه لانه ملكه هكذا
فسره ابو يوسف رحمه الله تعالى وهو غير مذكور في الكتاب وروى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى
انه اذا اخذ النقض يرجع بنقصان التاليف على البايع لانه في عقد البيع شرط البنا حيث
زعم ان البيع الذي جرى بينهما صحيح فصار غارا له حيث اطمعه سلامة البنا ولم يسلم
ويرجع كما في الولد الا انه يجبر لانه ما بطل حقه اصلا لان عين ماله قائم بل انتقصت
بنقض البنا وهو نقصان فاحش وقد ذكرنا في النكاح وفي النقصان الفاحش انه يخير ان شاء
امسك حقه الناقص ويرجع بالنقصان وان شا سلم الناقص وضمن المتلف قيمة ماله تامة
وسلم المضمون له كذلك هنا هذا اذا كان البايع واحدا والمشتري واحدا والمستحق رجلين
او رجلا واحدا وان كان المشتري واحدا والبايع اثنان فبنى المشتري واستحقت من يده
له ان يرجع عليهما بالثمن والبنا كما ذكرنا فان لقي احد البايعين فهو بالخيار ان شا سلم
اليه نصف البنا ويرجع عليه بنصف قيمته مبنيا لانه اشترى منه نصف الدار فاذا لقي
الاخر يرجع عليه بمثل ذلك لما قلنا هذا اذا كان المشتري واحدا ولو اشتراها رجلان واستحقت
ونقضا البناء ثم غاب احدهما فللشاهد ان يسلم بنصف النقض الى البايع وياخذ نصف قيمته
مبنيا لانه اشترى منه نصف الدار فكان مغرورا في النصف فان قضى له بذلك فلم يقبضه
حتى حضر الاخر قضى له بمثل ذلك لما ذكرنا انه اشترى النصف فاذا قبض احدهما شيئا
من البايع من قيمة البنا لا يشاركه الاخر لان هذا الدين غير مشترك بينهما لانه وجب
لهما بشيئين مختلفين لان حق كل واحد منهما بعد نقض البنا عليها في نصف النقض
الا ترى انهما لو ارادا ان يمسكا النقض ولم يرجعا على البايع بقيمة البنا مبنيا كان
لهما ذلك وهذا لان البنا انما صار مالا باختيارهما وقضى القاضي لانه لا حق لهما في القيمة
قبل ذلك وانما كان حقهما في البنا قائما ينتقل الى القيمة بالقضا والقضا مختلف كما قلنا في

بقيمة الولد وهذا لان كل واحد منهما كالبايع للنقض منه فمتى كان الاختيار والقضى متحدا
كان السبب متحدا فيجد ذلك دينا مشتركا بينهما ومتى كان متفرقا كان السبب مختلفا فلا يكون
مشتركا كما ذكرنا فان قيل اليس انه لو غصب جارية مشتركة بين اثنين وماتت عند الغاصب
ثم احد الشريكين طلب حقه فقضى القاضي له بنصف القيمة على الغاصب ثم جا الاخر بعد
ذلك فقضى له بمثل ذلك فقبض احدهما شيا من قيمة الجارية شاركه الاخر وان كان الانتقال
من الجارية الى القيمة بالقضا والقضا مختلف قيل له اما عند ابي يوسف ومحمد رحمة الله تعالى
الانتقال عند نقض نفس الهلاك بالغصب السابق والغصب متحد ولهذا لا يجوز ان الصلح
على اكثر من القيمة بغبن فاحش فكان الدين مشتركا بينهما واما عند ابي حنيفة رحمة الله
تعالى اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى على قوله منهم من قال ما ذكر من الجواب في الغصب
قولهما اما عنده فلا لان عنده الحق انما ينتقل الى القيمة بالقضا ولهذا يجوز الصلح عنده
على اضعاف قيمته ومنهم من قال لا بل قول الكل والفرق لابي حنيفة رحمة الله تعالى ان
وهو ان الانتقال في الغصب وان كان القضا ولكن المعاوضة والمبادلة متى ثبت
عند القضى مستندا الى وقت الغصب لان الملك في المغصوب يستند الى وقت
الغصب ولهذا تعتبر القيمة يوم الغصب وينفذ بيعه والغصب متحد فكانت
القيمة مشتركة اما في مسئلة البنا فالمبادلة تثبت مقصودة على حالة القضا لانه لم يوجد
قبل القضا في حق البنا سبب الملك فلا يمكن اثبات المبادلة في ذلك الوقت ولهذا
تعتبر قيمة البنا يوم القضا وقد اختلف القضا في المبسوط اذا كان دين بين رجلين
فوكل احدهما رجلا بقبضه فاقتضى منه شيا كان نصف ما اخذ لشريكه لان اصل الدين
مشترك بينهما وقبض وكيل احدهما كقبض الموكل بنفسه وللشريك ان ياخذ منه
نصفه وان ضاع المقبوض من الوكيل فللشريك ان يضمن صاحبه نصف ما اخذ لان
الوكيل لان الموكل صار قابضا وكيله فكان هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل وان كان
وكله يقبض ماله كله فقبضه فهلك منه فللشريك ان يضمن شريكه نصف ذلك
كما لو قبضه بنفسه وان شا ضمن الوكيل لانه في قبض نصيب الشريك متعد
في حقه فكان له ان يضمنه نصيبه بتعديه ثم يرجع الوكيل بما ضمن على
الموكل لانه قائم مقامه متى ضمنه ولانه لحقه غرم فيما باشره بامر الموكل
فيرجع به عليه وذكر في نسخ ابي حفص رحمة الله تعالى ان للشريك
ان يضمن شريكه نصف ذلك وان شا ضمن الغريم ثم يرجع الغريم بما
ضمن من ذلك على الشريك قال شمس الائمة السرخسي رحمة
الله تعالى وهذا هو الاصح لانه اذا لم يصح قبض الوكيل بقي حقه في ذمة الغريم
دون الوكيل لان قبض الوكيل لم يصادف ملكه ثم قبض الوكيل في حق الموكل
كقبضه بنفسه او قبض احد الشريكين بنفسه جميع الدين ثم ان الاخر رجع بحقه

بحقه على الغريم كان للغريم ان يرجع بذلك على القابض لانه انما دفع اليه المال
على انه يستفيد البراة عن جميع الدين ولم يستفد ويستوي ان اقر الوكيل بالقبض
او قامت بينة عليه بانه يملك ما سوى القبض بنفسه فيصح اقراره في حق الموكل
ولو ان رجلين ادعيا دارا في يد رجل وقالا ورثناها عن ابينا وجحدها الرجل ثم
صالح احدهما من حصته من هذه الدعوى على ماية درهم فاراد شريكه ان يشركه
في هذه الماية لم يكن له ذلك لان الملك لو كان ظاهرا لهما في الدار فباع احدهما
نصيبه لم يكن للاخر ان يشاركه في ثمنه فكذا الصلح وليس للاخر ان ياخذ من الدار
شيا الا ان يقيم البينة لان ذا اليد بقبوله الصلح مع الانكار لا يصير مقرا
بحق المصالح فيما صالحه عنه فكيف يصير مقرا بحق غيره فيما لم يقع الصلح عنه
وذكر ابن رستم رحمة الله تعالى في نوادره ان ابا يوسف رحمة الله تعالى قال يشاركه
وقال محمد رحمة الله تعالى لا يشاركه احد وجه قول ابي يوسف رحمة الله تعالى ان
المصالح بزعمه انه ياخذ ما اخذ بجهة الميراث عن ابيه وهذا كان حصره في الدين الاب
لو ظهر عليه دين ولا يختص احد الابنين بشيء من ميراث الاب فكان للاخر
حق المشاركة معه باعتبار زعمه ولو صالح احدهما من جميع دعواهما على ماية درهم
وضمن له تسليم اخيه فان سلم الاخ ذلك جاز واخذ نصف الماية لانه كان موقوفا
على اجازته وقد اجاز وان لم يجز فهو على دعواه ورد المصالح على ذي اليد نصف الماية
لبطلان الصلح في نصيبه برده ولو ادعى دارا في يد رجل وقال هي لي ولاخوتي فاقر
ذو اليد بذلك ثم اشترى منه نصيبه لم يكن لاخوته ان يشاركوه في شيء من الثمن لانه انما
اخذ العوض عن نصيبه خاصة وابو يوسف رحمة الله تعالى يفرق بينه وبين الصلح
فقال هنا بقية الورثة يتمكنون من احد نصيبهم من الميراث او احد العوض عنه
بالبيع فالقول بقطع الشركة لا يؤدي الى تخصيص بعض الورثة في بدل شيء من
الميراث بخلاف الصلح وفي العيون ابن سماعة عن ابي يوسف رحمهما الله تعالى
في رجلين لهما على رجل دين فجعل نصيب احدهما اقتسما نصفين والثاني
لهما الى الاجل لان الحق لهما فالمقبوض على الحقين والباقي على الحقين لان نصيب
احدهما لم يتعين ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى في رجلين لهما
على امراة الف درهم ثم ان احدهما يتزوجها على حصته منها او استاجرها
او استاجر منها شيا فان شريكه لا يشركه في شيء ولو تزوجها على خمس ماية
درهم او استاجر منها دارا ثم جعل تلك الخمسماية قصاصا فان صاحبه
يشركه فياخذ منه نصف الخمسماية لان الاجارة بمنزلة الشرى الا ترى
انه لو استاجر بعبد لا يجوز بيعه قبل القبض وقال محمد رحمة الله تعالى
ليست الاجارة هنا بمنزلة البيع الا ترى ان المريض لو استاجر اجيرا وبعد

الاجر فللغرما ان يشركوه ولو اشترى شيا ونقده الثمن فليس للغرما ان يشركوه
لان في الاول انما انعقدت الاجارة والنكاح على الحصة وفي البا في العقد على الجنس
ماية فاذا جعله قصاصا صار بمنزلة المقبوض مشترك بينهما ذكر في بعض النسخ هنا
بابا ملقبا بجناية المكاتب مكاتب قتل رجلا خطا وله وليان فغاب احدهما وحضر الاخر
وقدمه الى القاضي واقام البينة عليه فان القاضي يقضي عليه بالقتل ولم يلتفت الى
غيبة الاخر لان احد الورثة ينتصب خصما في اثبات حق الميت ثم للقاضي الخيار
ان شا قضا بكل القيمة بحضرة احدهما حقا للمقتول وان شا قضى بنصف القيمة للحاضر ثم
اذا حضر الاخر يقضي بنصف قيمته الاخر وانما خيرناه لان ههنا يصلح موجبا للجناية باعتبار
العجز القائم الحال عن الدفع وموجب الجناية حق للميت واحد الورثة ينتصب خصما عن بقية
الورثة لانهم ماسون عن الميت فكان احد الورثة بمنزلة احد اوصيا الميت وذلك ينتصب
خصما عن البقية فيما يجب للميت وعليه وهذه القيمة تجب حقا للميت ولهذا يقضي منها ديونه
وتنفذ وصاياه فكان للقاضي ان يقضي بخصومة الواحد الا ان للحاضر لا يقبض الا
نصفها لانه في القبض عامل لنفسه فلا يقبض الا حقه كما لو ادعى دينا للميت واقام البينة
يقضي بكل الدين ولا يقبض الا نصفه وكذا لو ادعى دارا في يد رجل انها ملك
ابيه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه الغائب يقضي بكل الدار حتى لو حضر الغائب
يقضي بكل الدار حتى لو حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ولا يقبض الحاضر
الا نصف الدار كذلك هنا ولانه يصلح موجبا للجناية من وجه باعتبار انه عبد
وموجب جناية العبد الدافع لذا الفدا واستقام جعل الدفع موجبا لاجل القيمة
موجبا اذ من الجائز ان يعجز فتبين ان الموجب هو الدفع ولهذا لو عجز قبل القضا
كان الواجب هو الدفع او الفدا بالجناية السابقة الا ان للقاضي ان ينقل الحق من الدفع
الى القيمة عند مخاصمة الولي باعتبار العجز الظاهر ابقا لحقه وهذا امر يثبت
بطريق الضرورة فيتقدر بقدر الضرورة والضرورة في حق الذي يخاصم
لا في حق من لم يخاصم واذا ثبت ان للقاضي ذلك فنقول ان قضى بجميع القيمة
وقبض الحاضر النصف ثم حضر الغائب فهو بالخيار ان شاء اخذ نصف القيمة
من المكاتب وسلم المقبوض للقابض وان شا شارك شريكه فيما قبض ويبيعان
للجاني بما بقي لان القيمة وجبت بدلا عن محل واحد بسبب واحد وهو القضا
لانها وجبت بالقضا لا بنفس الجناية لان جناية المكاتب تتعلق برقبته وانما
تصير دينا في رقبته باحد الاشيا الاربعة اما بالقضا او بالصلح عن رضاه او بالعتق
او بالياس عن الدفع من غير عجز وهو الموت عن وفاء وصورة ذلك ان يجني ولد
المكاتب جناية موجبة للمال ثم يموت ويترك كسبا فان جنايته يصير دينا
لانه بعد الموت صار مايوسا الدفع من غير عجز لان الاب على كتابته والولد يعتق بكتابة الاب

بكتابة الاب بدليل انه لو عجز ورد في الرق قبل احد هذه الاشيا يخير المولى بين الدفع والفدا
ولو صارت دينا في ذمته لما امر بذلك وهذا لانه حال موقوف بين ان يعجز فيكون المخاطب هو
المولى وبين ان يعتق فيكون عليه فاذا كان حاله موقوفا لا يصير جنايته بالا الا بالقضا الا ترى
انه لو قضى لاحدهما بنصف الدية بعجز قبل القضا للثاني ان مخاطب المولى يدفع نصفه الى
الثاني او الفدا بنصف الدية ويباع نصف الشريك الذي قضى له او يقضي المولى ثبت
ان حقهما مختلف والمال وانما وجب بالقضا فاذا كان القضا متحدا كان هذا دينا وجب
الاثنين على واحد بدلا عن محل واحد بسبب واحد فكان مشتركا بينهما كما في البيع وولد
المغرور ولو كان القاضي قضى للحاضر بنصف القيمة ثم حضر الغائب وقضى له لا سبيل للغائب
على الحاضر ولا على ما قبضه الحاضر ويتبع الجاني بنصف القيمة لان الحق انما ينتقل الى القيمة
بالقضا والقضا مختلف كما قلنا في المبيع وولد المغرور والبنا فان قيل ان اختلف القضا
فالجناية متحدة فوجب ان تعتبر الجناية كما في مسئلة الغصب وكما لو قتل العبد رجلا
خطا فصالح المولى بعض الاوليا على اقل من الدية او على عرض او شي من الحيوان بعينه كان
الشركا ان يشاركوه في ذلك بمنزلة ما لو كان القاتل حرا وصالحه بعض الاوليا قيل له في
مسئلة القاضي ان السبب متحد لما ذكرنا انه يستند الوجوب الى وقت الغصب وهنا لا لم
يستند الى وقت الجناية لان موجب جناية العبد الدفع لا القيمة وانما ينتقل الى القيمة
بالقضا مقصورا عليه لان اصل الواجب بقتل العبد ما هو الواجب بقتل الحر وهو الدية
لانه بدل المتلف الا ان المولى يتخلص بدفع العبد ان شا وكيف ما كان فهو بدل مال
مشترك بينهم واذا صالح احد الاوليا عن الدين المشترك كان للباقين حق
المشاركة معه فيه الا ترى ان القتل من العبد لو كان عمدا وصالح احدهم على مال
ليس للباقين حق المشاركة وان كانت الجناية متحدة لوجوب المال مقتصرا على
الحال بالصلح قال محمد رحمة الله تعالى الا ترى انه لو قضى لاحدهما بنصف القيمة فقبض
ولم يقض للاخر بشي حتى عجز فان المولى يخير بين دفع نصف العبد وبين الفدا بنصف
الدية بين بهذا ان حق كل واحد منهما انما يصير دينا بالقضا المكاتب اذا قتل رجلين
خطا لكل واحد منهما ولي فخاصمه ولي المعتق ليث فانه يقضي عليه بقيمة
واحدة بينهما لان جنايات المكاتب وان كثرت لا توجب الا قيمة واحدة لانه
لو كان محلا للدفع لا يجب الا دفع واحد وكان العبد مشتركا بينهما فلو قضى لهما
بالقيمة دفعة واحدة او وصى لاحدهما بنصف القيمة ثم قضى للاخر بالنصف لم
نقبض احدهما شيئا لا يشاركه الاخر فيه وكان ينبغي ان يشاركه اذا قضى لهما
دفعة واحدة لاتحاد السبب وهو القضا كما في الفصل الاول الا انا نقول القضا
وان اتحد لا يمكن القول باتحاد الحق والشركة لان اصل الحق الذي بقا بدله القيمة
عن مشترك بينهما فكان كل نصف من القيمة مقابلا بنفس على حدة فمتى لم يكن

لم يكن العبد مشتركا بينهما لا يكون وكذلك وكذلك سبب الوجوب مختلف ايضا وهو لم
الجناية الا ترى انهما لو باعا عبدين من رجلين صفقة كل واحد منهما لاحدهما فقبض
احدهما شيئا من الثمن لم يكن للاخر حق المشاركة لعدم الشركة في المبدل
كذلك هنا بخلاف المسئلة الاولى لان ثمة اصل الحق متحد اعبد قتل رجلا خطا
وله وليان فغاب احدهما وخاصمه الاخر واقام البينة فان القاضي يقضي بالدم
كله في رقبة العبد لان هذا الحق ثبت للميت واحد الورثة ينتصب خصما في
ذلك ويخير المولى بين الدفع او الفدا في حق الحاضر وايهما اختار فهو اختار
في حق الشريكين حتى لو حضر الاخر لا يخير ثانيا ولو استوفى الاول
شيئا من العبد او الفدا ثم حضر الاخر وكان له ان يشاركه في ما قبض جعل
اختيار الفدا في حق احدهما اختيارا في حق الاخر وهكذا ذكر في كتاب الدور
فانه قال لو ان عبدا لرجل قتل رجلا خطا وله وليان فدفع نصفه الى احدهما والاخر
غائب ثم مات العبد ثم حضر الغائب ولا مال للمولى يرجع على القابض بربع قيمة
العبد لانه قبض نصفه لنفسه فكان مضمونا عليه وانما سلم ذلك النصف له اذا سلم
النصف الاخر لشريكه ولا ضمان على المولى للغائب لان الحق به في النصف الباقي كان في
رقبة العبد فقد مات فيبطل بفوات محله وحكم ضمان المولى لم يذكر في الكتاب والاصح
انه ان وضع بقضا القاضي فلا ضمان عليه وان كان دفع بغير قضا فللغاصب ان
يضمن ايهما شاء ربع قيمة العبد المولى بالتسليم والقابض بالقبض ولو كان المولى فدى
النصف من الشاهد بنصف الدية ثم مات العبد فانهما يقتسمان بنصف الدية بينهما
نصفين ثم ياخذان من المولى نصف الدية فيقسمان لانه اختار الاخذ من احدهما
فهو اختار من الاخر لان النفس واحدة فايهما حضر فهو خصم عن جميع الورثة واختيار
الفدا بحضرة احدهما بمنزلة اختياره بحضرتهما وهذا لان بالفدا يتحول الحق من الرقبة
الى ذمة المولى وهو غير محتمل للتجزي في التحول من الرقبة الى الذمة لان الدفع مع الفدا لا يجتمعان
بسبب جناية واحدة على محل واحد لان احدهما اصل والاخر خلف عنه والخلف مع الاصل لا يجتمعان
فلهذا اذا اختار دفع الدية الى احدهما يكون اختيارا الفدا في حق الاخر وما قبض الحاضر من الفدا
شركه الاخر لان الفدا وجب لهما على واحد بسبب واحد لانا ان نظرنا الى الجناية فالجناية واحدة
وان نظرنا الى الاختيار فالاختيار واحد لانه باختياره الفدا الى احدهما يصير مختارا في حق الاخر ولو دفع
النصف الى احدهما واختار الفدا في حق الاخر ذكر في الجامع والدور ان اختيار الدفع الى احدهما اختيار
في حق الاخر وذكر في كتاب الصلح ما يدل على ان اختيار الدفع في حق احدهما لا يكون اختيارا في حق الاخر
واختيار الفدا يكون اختيارا لانه قال لو جنت الامة جناية بان قتلت رجلا خطا وله
وليان ثم ولدت ولدا فصالح المولى احد الاثنين على ان دفع اليه ابن الامة بحقه من الدم فهو جائز لم
وللاخر على المولى نصف الدية خمسة الاف لان حق اوليا الجناية لا يثبت في ولدها لما عرف ان هذا اليس

ان هذا ليس بحق متاكد لهم في عينها فصالحه احدهما على ولدها كصلحه على عبد اخر له وذلك منه بمنزلة
اختيار الفدا واختيار الفدا في نصيب احدهما اختيار في نصيب الاخر لاتحاد الجناية ولو صالحه
على ان يدفع اليه ثلث الامة بحقه من الدم جاز ويدفع الى شريكه نصف الامة او يفديه بنصف
الدية فلم يجعل اختياره الدفع في البعض اختيارا في الكل فاتفقت الروايات ان اختيار الفدا
في حق احدهما اختيار في حق واختلف في الدفع قال شمس الائمة السرخسي رحمه
الله تعالى والاصح ما ذكر في الجامع والدور وقيل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع
وضع المسئلة في الصلح في دفع اقل من نصيب الحاضر بانه قال صالحه على ثلث الجارية وفي
الفدا وضع المسئلة فيما اذا دفع شيئا الى الحاضر يصلح ايفا حقه على الكمال بان كانت قيمة
الولد خمسة الاف درهم حتى لو كانت اقل منها لا يكون اختيارا وفي الجامع وقع فيها دفع
نصف العبد الى الحاضر وهذا لان الاختيار نصفه النقصان في حق احدهما لا يكون رضى بالزام
حق الاخر على الكمال لان له ان يقول انما جرت الدفع في نصيبه لانه يجوز بدون حقه وانت لا ترضى
بذلك فلا يلزمني تسليم جميع حقك اليك من الامة لكن لي الخيار في نصيبك كما كان حتى لو صالح
احدهما على نصف الامة كان اختيارا منه للدفع في نصيب الاخر لانه اذا اختار ايفا حق احدهما كما جاز
ان يلزمه ذلك في حق الاخر ايضا لانه واجب واحد ولا يتجزى فمتى وجب لاحدهما كل الامة
لانه من باب التعيين فمتى عين احدهما وله ولاية التعيين تعين واجبا من الاصل ولكن يتبين
بما ذكرنا في الدور ان الجواب سواء وان اختار دفع النصف الى احدهما لا يكون اختيارا للدفع
في حق الاخر لانه قال دفع النصف الى احدهما واختار الفدا في النصف الاخر
فصارت على روايتين وجه رواية الصلح وهو ان الحق قد تفرق بين الوليين
فصار لكل واحد منهما نصفه ويجعل هذا في حق الحكم كجناية العبد على شخصين
فلا يكون اختيار المولى الدفع في نصيب احدهما اختيار الدفع في نصيب الاخر
وجه رواية الجامع ان الاوليا يقومون مقام الميت والحاصل والحق في الحاصل للميت
فهم جميعا كشخص واحد في حق ذلك فيكون اختياره في حق البعض اختيارا في
حق الكل وقيل في المسئلة روايتان في رواية الجامع والدور جعل هذا من باب التعيين
لان الواجب احدهما غير عين وفي رواية الصلح جعل اختيار الفدا من باب التعيين ولم يجعل
الدفع من باب التعيين بل هو الواجب الاصلي والفدا مخلص فصار وجود الاختيار
وعدمه بمنزلة فيما يرجع الى الدفع فكانه اخذ احدهما شيئا من غير تعيين ولو كان هكذا كان
الاختيار قائما في حق الغائب فاذا كان الحق واحدا على رواية الجامع فما قبض احدهما يشاركه
الاخر فلما كان مختلفا على رواية الصلح فما قبض احدهما لا يشاركه الاخر على التفصيل
الذي ذكرنا ولان الموجب الاصلي هو الدية لكونه بدلا عن الفايت لكن تعذر الايجاب
لكونها صلة فكان الموجب الاصلي في حقه الدفع ومتى فدا المولى فقد امكن اظهار حكم
الموجب الاصلي وهو الفدا فكان كل واحد منهما موجبا اصليا في حالة لا ان يكون احدهما

خلفا كما في فرص الزوجات فايهما اختار فقد ظهر الحكم الاصلي ولو كان العبد قتل قتيلين ولكل
واحد منهما ولي فخاصمه احدهما واختار المولى دفع النصف او الفدا لا يكون اختيارا في حق الاخر
بالاجماع لان الجنايتين اذا اختلفا صار لهما موجبان مختلفان والمحل غير مشترك ايضا
والقضا مختلف وكذا لو كان القضا متحدا لاختلاف المحل والموجب حتى لو استوفى الاول شيا
ثم حضر الاخر ليس له ان يشارك الاول فيما استوفاه المدبر اذا قتل رجلا خطا وله وليان
فقضي لاحدهما بنصف القيمة فشركه الاخر ان شا وان شا اتبع المولى فهذا ظاهر فيما اذا قضي
لهما دفعة واحدة وكذا ان وقع القضا لهما متفرقا لان جناية المدبر توجب القيمة بنفسها بصفة
اللزوم ولا مدخل للقضا به في وجوبها بل هو من باب الاعانة على استيفا الحق فوقعت الشركة
بينهما لاتحاد الجناية والمحل فكان دينا مشتركا بينهما وهو كثمن العبد الماذون المديون والتركة اذا
اذا اجتمعت فيها ديون هذا اذا قتل رجلا واحدا وله وليان وكذلك لو قتل رجلين ولكل واحد
منهما ولي فقبض احدهما بنصف القيمة كان للاخر ان يشاركه فيها لان الواجب لهما قيمة واحدة
بصفة الاشتراك فانها قائمة مقام الرقبة فرق بين هذا وبين المكاتب اذا قتل رجلين ولكل
واحد منهما فقضي لولي احدهما بنصف القيمة فانه لا يشاركه الاخر فرق ان موجب جناية
المدبر وجوب القيمة على المولى ابتدا لانه مملوك له من كل وجه فكان القضا اظهارا لما وجب
بالجناية واعانة على استيفا الحق والواجب بالجناية مشترك بينهما لان جنايات المدبر
وان كثرت لا توجب الا قيمة واحدة لان المولى انما يضمن بسبب منع الرقبة على وجه لا يصير
مختارا للفدا لانعدام الجناية وقت التدبير والمولى لم يمنع الا رقبة واحدة فلا تجب عليه
الا قيمة واحدة اما جناية المكاتب تتعلق برقبته وانما يصير دينا بالقضا لان
حاله متردد بين القيمة او الدفع والفدا فاذا قضي لاحدهما بنصف القيمة فقد نقل حقه
من الرقبة الى القيمة وبقي حق الاخر في الرقبة فان قيل جناية المدبر وان
كانت توجب القيمة من الابتدا لان القيمة وجبت بشيئين مختلفين لانهما
وجبت بجنايتين على محلين فوجب ان لا يكون القيمة مشتركة بينهما كما في العبد
فان الدفع وجب بنفس الجناية ومع هذا لا يشاركه الاخر قيل له نعم القيمة وجبت
بجنايتين الا ان الحقين ولي الجنايتين اجتمعت في قيمة واحدة وتضايق المحل عن ايفا
الحقين لان حق كل واحد منهما في جميع القيمة الا ترى انه لو عفا احدهما استحق الباقي
منهما جميع القيمة والحقان اذا اجتمعا في محل واحد وضاق المحل في ايفايهما وليس
احدهما باولى من الاخر صار المحل مشتركا وان اختلف السبب كما في التركة المستغرقة
بالدين بخلاف العبد لان الحق غير ثابت في محل واحد على سبيل اللزوم فان قيل
اليس ان في المكاتب اجتمع الحقان وضاق المحل عن ايفا الحقين فان حق كل واحد منهما
في جميع الرقبة حتى اذا عفي احدهما حق الاخر في جميع الرقبة ثم لم يثبت منهما لم
الشركة في الواجب والجناية اذا اختلفت الجنايات قيل له تثبت الشركة اذا ضاق المحل

المحل في جناية المكاتب ايضا بان عجز ورفع الرق تثبت الشركة بينهما في قيمته حتى اذا
قبض احدهما شيئا من رقبته بعد العجز كان للاخر ان يشاركه فيه فاما القيمة فلا ضيق فيها
فانه يجوز ان يجب على المكاتب قيم بسبب جنايات مختلفة فان القاضي اذا قضى عليه بالقيمة
ثم جنى جناية اخرى يجب عليه قيمة اخرى وليس لولي الجناية الثانية ان يشارك الاول فيما
قبض من القيمة عبد قتل رجلا عمدا وله وليان فصالح المولى احد ولييه على الف درهم لم يشاركه
الاخر لان الشركة بين الوليين كانت في القصاص لان موجب العمد هو القود عندنا
بوصف اللزوم والمولى نقل حق احدهما عن القصاص الى الدراهم بالصلح وصار حق الاخر بعد
تمام الصلح ضرورة بقدر الاستيفا فصار حقهما مالا بشيئين مختلفين فلا يكون الدين
مشتركا بمنزلة ثمن عبد مشترك اذا وجب بصفقتين ولو صالحهما معا على الف درهم
اشتركا فيما يقبضان لان المال وجب بسبب واحد وهو الصلح فكان دينا مشتركا بينهما
بمنزلة بيع عبد مشترك في صفقة واحدة في المبسوط واذا كان دم خطا بين الورثة فوكل
احدهم بالصلح في حصته فصالح على دراهم وقبضها فلبقية الورثة ان يشاركوا الموكل ويخاصمون
فيما اخذ كما لو اخذ بنفسه وهذا لان ما وقع عليه الصلح بدل دين مشترك بينهم وهو الدية
ولا سبيل لهم على الوكيل لان ما في يده من المال امانة لمن وكله ويده فيه كيد من وكله فلا
يكون لهم معه فيه خصومة كصاحب الدين لا خصومة له مع مودع المديون وان كانت الوديعة
من جنس حقه وان هلك المال عند الوكيل فلا ضمان عليه لاحد ولكن سائر الورثة ياخذون
الموكل فيضمنونه بقدر حصتهم مما اخذ وكيله لان هلاك المقبوض في يد
الوكيل كهلاكه في يد الموكل وفي العيون هشام عن محمد رحمه
الله تعالى لو ان مملوكا جنى على مملوك رجل فقتله خطا ثم جنى على اخ مولاه
فقتله خطا وليس له وارث غير مولاه فانه يدفع نصف العبد الى مولى العبد
او يفديه والنصف الباقي للمولى وان بدا فقتل اخ مولاه ثم مملوك رجل خطا فانه
يدفع العبد كله الى مولى العبد او يفديه فان جنى على اخ المولى اولا ثم على
الغلام فلا ادري خبث فانه يضمن ثلاثة ارباع العبد لمولى العبد وربعه للاوسب
قال هشام رحمه الله تعالى وان كانت المسالتان معا ليس له نسب
يحفظ ان العبد بينهما نصفان حق المجني عليه اولا تعلق برقبة الجاني يخير فيه
المولى الا انه اذا جنى على اخيه تعلق به حق الاخ حال ما انفصلت الجناية به
وتقع المزاحمة بين المجني عليه ثانيا والمجني عليه اولا فاذا انتقل الى
المولى سقط بعد الوجوب لان المولى لا يستوجب على عبده شيئا ولا
يثبت له في رقبة عبده بسبب جنايته حق فبقي حق الاول مقصورا
على النصف بخلاف ما اذا قتل الاخ اولا لانه لما انتقل الحق الى المولى
سقط الوجوب فاذا جنى على الثاني لا يزاحم الاول لسقوطه فتعلق

به حق ولي الجناية الثانية بغير مزاحمة فاما اذا ترك بنتا سقط ما يخص المولى من وهو نصف
نصف النصف الربع بقي حق الابنة في الربع وتعلق حق الولي للجناية الثانية بالنصف
واذا كانت الضربتان معا فقدا فترق احد الشيئين بالثاني فلم يصادف محلا فارغا
والله اعلم بالصواب

باب من الاستحقاق المشتري والضمان في ذلك مسائل هذا الباب مذكورة في جميع النسخ ولقب الباب مذكور في بعض النسخ دون البعض اصل الباب

ان الكفالة بامر اقتراض الذمة لثبوت الدين
فيها فتقوم ذمة الكفيل مقام ذمة الاصيل في خطاب في توجه الخطاب والمطالبة
واذا املكم ما في ذمته بالادا او الارث او الهبة يرجع على الاصيل والكفالة بغير امر
التزام الدين في ذمته على وجه التبرع وله هذا الولاية فيصح الالتزام ولا يرجع على
المديون لانه تبرع باداينه وهو في حق الطالب قضا الدين لوصوله الى حقه
والامر بقضا الدين استقراض للمودى حتى يرجع المودى على الامر بجميع المودى ولو وهب
صاحب الدين من المامور لا يصح كما وهبه من اجنبي اخر لعدم وجوب شي في ذمته
واداء الدين بغير امره تبرع بالادا وهو في حق المديون بمنزلة الابراكما لو تبرع
عن ميت بقضا دينه وفي حق المودي والقابض قضا الدين لوجود القضا والاقتضا
حقيقة اما الاول فلان الكفالة مشتقة من الضم لغة وفي الشريعة
ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل على وجه التوثق وهو المقصود من العقد وفيه
طريقان احدهما الضم في المطالبة دون اصل الدين بل اصل الدين في ذمة الاصيل
على حاله والكفيل يصير مطالبا به كالاصيل وكما يجوز ان تنفصل المطالبة عن
اصل الدين في حق من عليه فتتوجه المطالبة على الكفيل بعقد الكفالة واصل
الدين في ذمة الاصيل وكذلك تنفصل المطالبة عن اصل الدين سقوطا بالتاجيل
فكذا التزاما بالكفالة فالمطالبة مع اقل الدين بمنزلة مع التصرف مع ملك اليمين
فكما يجوز ان ينفصل ملك التصرف على ملك اليمين في حق المكاتب وملك
اليد عن ملك العين في حق المرتهن فكذلك يجوز ان ينفصل التزام المطالبة
بالكفالة عن التزام اصل الدين والطريق الاخر ان تنضم ذمة الكفيل الى ذمة
الاصيل في ثبوت اصل الدين لان الكفالة اقتراض الذمة والالتزام المطالبة
ينبني على التزام اصل الدين وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع
بقايه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق المكاتب لانه وان ثبت الدين في
ذمتهما فالاستيفا لا يكون الا من احدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان
كل واحد منهما ضامن للقيمة ولا يكون حق المغصوب منه الا في قيمة واحدة
لانه لا يستوفي الا من احدهما غير ان هناك اختيار تضمين احدهما يوجب براة
الاخر لما فيه من التمليك منه وهنا لا يوجب ما لم توجد حقيقة الاستيفا فلهذا ملك مطالبة

مطالبة كل واحد منهما والمعنى فيه وهو ان ضمان الغصب ضمان اتلاف المال حكما بازالة اليد وحكمه ثبوت
الملك في المضمون وبعد ما زال من يد المالك الاول لا يتصور ازالتها وانما يثبت له ولاية تضمين الثاني
بطريق اقامة يد الاول مقام يد نفسه واذا قامت يد الاول مقام يده برئ الاول عن الضمان ضرورة واذا
اختار تضمين الاول لم تقم يده مقام يد نفسه فلم يوجد من الثاني تفويت يده فلا يجب الضمان على الثاني
اما الكفالة شرعت للتوثق بضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل تحقيقا لمعنى الكفالة واذا
صارت الذمتان في حق المطالبة كذمة واحدة كان له ان يطالبهما ولان تضمين الكفيل لو
اوجب براة الاصيل برئ الكفيل لان براة الاصيل توجب براة الكفيل فلا يحصل التوثق
وليس للكفيل ان يطالب الاصيل قبل الادا لكن اذا طولب يطالب واذا لوزم يلازم
واذا ادى يرجع فرق بينه وبين الوكيل بالشرا ومودع الغاصب وغاصب الغاصب
فانهم يرجعون قبل الادا والفرق ان للطالب ان يطالب الاصيل مع مطالبته
الكفيل ولو طالب الكفيل لاجتمعت المطالبتان من شخصين على واحد فالدين الواحد
وذلك ممتنع وفيه ابطال معنى الضم وجعل الدينين كذمة واحدة اما في مودع الغاصب
اذا اختار تضمين المودع لا يبقى له ولاية مطالبة الغاصب وكذا اذا ضمن الغاصب الاول
لا يبقى له ولاية تضمين الثاني فلا يجتمع المطالبتان على واحد بالدين الواحد وكذا في
الوكيل لا يملك البايع مطالبة الموكل لان الحقوق ترجع الى العاقد لا الى الموكل فلو رجع الوكيل
على الموكل قبل الادا لا يؤدي الى ما قلنا والله اعلم اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه
الله تعالى رجل اشترى عبدا بالف درهم وكفل عنه رجل بالثمن بامره وقبض المشتري العبد
ونقد الوكيل الثمن للبايع وغاب الكفيل قبل ان يقبضه من المكفول عنه ثم استحق العبد
او وجد حرا او مكاتبا او مدبرا او ام ولد وليس للمشتري ان يرجع على البايع بما اخذه من
الكفيل حتى يحضر الكفيل لان الكفيل لما لم ياخذ المنقود من المكفول عنه لم يصر
المنقود ملكا للمكفول عنه وهو المشتري وهذا لان المشتري لم يدفع الى البايع شيئا
والكفيل ما قضى دينا واجبا عليه حتى يصير ملكا له لان بالاستحقاق وهذه العوارض بطلت
الكفالة لبطلان الدين من الاصل فبقي الامر بالدفع الى البايع بشرط الضمان ومن قال
لاخر ادفع الى فلان الف درهم على اني ضامن فدفع فما لم يرجع المامور على الامر بالضمان
لا يصير المدفوع ملكا للاخر فكذا هذا ولان حق الرجوع عند فساد الادا يكون الى المودي لا الى
غيره فاذا حضر الكفيل كان له الخيار ان شا رجع على المشتري وان شا على البايع لانه وجد
من كل واحد منهما سبب الضمان في حق الكفيل اما من البايع فلانه قبض منه مالا بحكم كفالة
فاسدة لانه ظهر ان البيع كان باطلا وان الثمن لم يكن واجبا وهو انما ملكه الثمن بشرط ان
يسلم المشتري المبيع او يسلم له ما في ذمة المشتري وقد فات هذا المطلوب
عند هذه العوارض وظهر ان الكفالة كانت فاسدة وان الادا اما عليها فاسد لعدم المال
على المكفول عنه ومن اخذ مالا بحكم الكفالة الفاسدة كان للدافع ان يسترده كما في

في البيع الفاسد واما المشتري فلانه لما امر بان يكفل عنه بالثمن فقد امره بقضا دين عليه بشرط
الضمان والامر بالقضا من المشتري ان لم يصح بمعنى الامر بالدفع بشرط الضمان وهذا لان الكفالة
والادا بنا عليها ان كان فاسدا لكن الامر بدفع المال اليه بفاسد لان الامر مطلقا الدفع لا يقتضي
مالا واجبا بل الكفالة بالثمن والامر بقضي الثمن يقتضي ثمنا واجبا فاذا كان لتصرف المامور وجهان
احدهما موصوف بالفساد والاخر موصوف بالصحة وان شا نظر الى جهة الفساد ورجع على
القابض وان شا رجع على الامر بحكم الامر والامور من حيث انه امر بدفع الدراهم صحيح وعند صحة
الامر نقل فعله الى الامر فصار كانه اقرضه المال ثم دفع الى البايع بامره فصار قبض البايع كقبض المشتري
وصار كانه قال ادفع الى فلان الف درهم على ان ضامن ذلك فان اختار تضمين البايع مضى الامر
وان اختار تضمين المشتري على البايع وان لم يكن حدادا ادا الى الكفيل لانه اختار اتباعه صار
الذي نقد البايع ملك المشتري فصار نقده بمنزلة نقد المشتري ولو كان المشتري هو
الذي نقد الثمن بنفسه كان له ان يرجع عليه وكذا لو رجع الكفيل على المشتري قبل ان يغيب
لما قلنا وايهما اختار تضمين برى الاخر لان يجب التضمين تمليكا وبعد ما ملكه من احدهما
لا يملك تمليكه من الاخر كما في الغاصب مع غاصب الغاصب وكذلك لو استحق المبيع
من يد المشتري لان بالاستحقاق ينفسخ البيع من الاصل ثم تبين انه لم يكن واجبا
فبرى الاصيل من الثمن وبراته توجب براة الكفيل لانه التزام المطالبة على الاصيل ولا
تبقى المطالبة على الاصيل بعد الاستحقاق فكذا على الكفيل ولو نقد الكفيل الثمن
وغاب ولم يقبض المشتري العبد حتى مات فانه يرجع المشتري على البايع بالثمن
سوا رجع الكفيل على المشتري او لم يرجع ولا سبيل للكفيل على البايع وان لم يكن رجع على
لان بموت العبد لم يظهر ان الكفالة كانت فاسدة لانه لم يظهر ان المبيع كان باطلا وحين كفل
كان البيع صحيحا والثمن واجب حقيقة وحين ادى كان واجبا حقيقة فصح الادا وانتقل
فعل الكفيل الى المشتري عند صحة الكفالة والادا فصار كانه ادى بنفسه ويصير كانه استقرض
من الكفيل ورفع الى البايع ولا يشبه هذا الاستحقاق لانه اذا استحق تبين ان
البيع كان فاسدا فان الثمن لم يكن واجبا حقيقة فقد ادى بحكم كفالة فاسدة فلم ينقطع
حقه عن المودى وكذا لو رد المشتري العبد على البايع بعيب بعد القبض بقضا او بغير قضا
وقبله بقضا او بغير قضا او بخيار رؤية او بخيار شرط شرط المشتري على البايع لان البيع وان
انفسخ بهذه الاسباب لم يظهر ان البيع لم يكن نافذا وان الثمن لم يكن واجبا ولهذا لم يبطل حق الشفيع في
الشفعة متى حصل الفسخ بهذه الاسباب فلا يظهر ان الكفيل ادى بحكم كفالة فاسدة بل ادى بكفالة صحيحة
فلا يبقى حق الاسترداد فكان للمشتري ان يسترد قال مشايخنا رحمهم الله تعالى هذا الجواب يستقيم في الرد
بخيار الرؤية والعيب اما لا يستقيم في خيار الشرط للمشتري لان خيار الشرط للمشتري يمنع له
وجوب الثمن عليه بالاجماع فلا يزول عن ملكه قبل الاجازة فاذا انفسخ البيع ظهر ان الثمن
لم يكن واجبا فظهر ان الكفيل ادى بحكم كفالة فاسدة فكان حق الاسترداد له كما في

الاستحقاق ونظايره وقال بعضهم ما ذكر في الكتاب صحيح وتاويله ان البيع كان
باتا ثم شرط الخيار للمشتري والى هذا اشار في الكتاب وقال لا سبيل للكفيل على البايع اذا
كان البيع باتا ثم انتقض وهذا لانه قال فيرد بخيار شرط ولم يقل بخيار شرط وقت البيع او بعده فكان
محمولا على خيار شرطه ثلاثة ايام بعد البيع ومتى كان كذلك كان الثمن واجبا على المشتري حين
كفل وادى والسبب شيخ الاسلام على الاسبيجابي رحمه الله تعالى والصحيح ان الجواب في الفصول
واحد لان صحة الادا تنبني على صحة الكفالة صحيحة في بيع فيه شرط الخيار للمشتري كما يصح
في سائر وجوهه وما ذكر في الكتاب بجواز ان يكون تعليلا ببعض الفصول دون الكل
في كفالة العيون قال ابو يوسف رحمه الله تعالى في رجل اشترى ثوبا بعشرة دراهم بغير
خيار تضمن انسان للبايع الثوب او عشرة دراهم فضمانه باطل لانه لا يعلم ما ضمن فان كان المشتري
او البايع بالخيار في الثوب ثلثة ايام فضمانه جائز لان للبايع في الثوب حقا اذا كان فيه خيار
وليس في المسئلة الاولى اشار الى العلة في المسئلتين لان البايع اذا كان له في الثوب حق
والضمان من ضمن له بمضمون فيصح واذا لم يكن له حق فقد ضمن له بغير مضمون فلم يصح وان كان
الرد بالعيب او الخيار قبل ادا الكفيل الثمن برى الكفيل لانه برى الاصيل بالرد فيبرا الكفيل وكذا
اذا كفل المراة عن الزوج بالمهر ثم ارتدت او قتلت ابن زوجها او طلقها قبل الدخول يبرا الكفيل
به مما يبطل عن الزوج لبراة الاصيل ولو ادى قبل هذه العوارض يرجع على الزوج لان بهذه
العوارض لا يتبين ان المهر لم يكن واجبا وان الكفالة والادا بنا عليها غير صحيح وكذلك
الكفيل بطعام السلم اذا صالح الاصيل الطالب على راس المال فهو برى على كفل به كبراة الاصيل وليس
عليه من راس المال شي لانه دين اخر سوى ما كفل به وهو ليس ببدل عن المكفول به وكيف
يكون بدلا ووجوب المسئلة فيه بعقد السلم ووجوب راس المال بانفساخه والبدل لما يجب بالسبب
الذي وجب به الاصل ولو قبل المشتري الحوالة لغريم البايع بالثمن او كفل بغريم البايع كفالة
مقيدة بالثمن ثم استحق العبد بطلت الحوالة والكفالة لان بانفساخ العقد من الاصل
ينتفي الثمن عن المشتري من الاصل وقد كان الالتزام مقيدا به وكذا لو وجد حرا ولو رد
بعيب او خيار او هلك العبد قبل القبض لم تبطل الحوالة والكفالة عندنا خلافا لزفر
رحمه الله تعالى وقد ذكرنا استشهد في الكتاب بمسئلة العرف فقال لو باعه بالدراهم
مائة دينار وقبضها ثم انفسخ البيع بهذه الاسباب رجع على البايع بالف درهم لان صرفها
وصرفها واصلها صحيح بخلاف ما اذا استحق العبد او وجد حرا فانه يرجع م
بالدنانير لانه تبين ان الدراهم لم تكن واجبة من الاصل وعلى هذا لو ضمن الزوج مهر
المراة لغريمها ثم وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول من قبلها لم يبر الزوج عن الكفالة الاعلى
قول زفر رحمه الله تعالى ثم اذا اداها رجع على المراة لانه كفل عنها بامرها فيستوجب
الرجوع عليها عند الادا وبالعارض لا يتبين ان الدين لم يكن واجبا عليه الا انه كان
تقع المقاصة قبل الفرقة بمهرها وقد انعدم ذلك بسقوط المهر عنه ويرجع عليها وكذا

وكذا الوطلقها قبل الدخول بها غيراته يرجع عليها بنصف المودى لان المقاصة بالنصف الباقي من مهرها ولو امر المشترى رجلا بان ينقد عنه الثمن للبايع فنقده فهو بمنزلة الكفيل في جميع ما وصفنا من رجوع الكفيل ورجوع المشترى على البايع ان تبين فساد من الاصل قلنا والمامور بالخيار ان شاء رجع على المشترى وان شا على البايع لانه ظهر ان الامر بالقضا لم يصح وانما يصح الامر بالدفع كما في الكفالة وان كان المبيع جائزا انتقض فالمشترى هو الذى يرجع بالثمن على البايع والمامور يرجع على الامر ولو كان الكفيل كفل على المشترى للبايع بغير امره ونقد الثمن وادى الثمن بغير كفالة لا امر كان للكفيل ان يرجع بما ادى على البايع في جميع ما ذكرنا ولا سبيل للمشترى على البايع اما في الحرمة والاستحقاق فلما ذكرنا واما الفصول الاخر لانه انما يكون سبيل من الرجوع اذا جعل ادا الكفيل كادايه ولم يجعل لعدم الامر فالمشترى لم ينقد الثمن لا بنفسه ولا ينقد غيره بامره فلا يرجع عليه وانما يرجع الكفيل على البايع لانه تبرع على البايع بالثمن واذا انفسخ البيع بما هو فسخ في حق الكل لم يبق المودى ثمنا في حق الكل فكان له ان يرجع بالثمن على البايع او يكون متبرعا على المشترى باسقاط الثمن عن ذمته ولم يكن قصدهما تمليك الثمن من المشترى ومتى تبين فراغ ذمته من وجه اخر لم يحصل غرض المتبرع فله ان يرجع بما تبرع به بمنزلة من تبرع بمهر رجل عن امراته ثم سقط كله قبل الدخول بها او بعضه يرجع المتبرع بما تبرع كذلك هنا قال محمد رحمة الله تعالى الا في خصلة واحدة وهي ما اذا رد العبد على البايع بعيب بعد القبض بغير قضا فان الثمن في هذا الوجه للمشترى على البايع دون الكفيل وكذا لو تقايلا العقد لان الاقالة والرد بالعيب بعد القبض بغير قضا بمنزلة البيع الجديد في حق الثالث والكفيل ثالث ولو باع المشترى العبد من البايع لا يبقى للكفيل على الثمن سبيل لانه تبرع بالثمن وبقي المودى ثمنا ولا يبقى للكفيل عليه سبيل ويثبت للمشترى سبيل لان الاقالة والفسخ تقلب العقد فيستوجب المشترى على البايع بالاقالة ما كان يستوجب البايع على المشترى ولهذا استحق الحبس لاسترداد الثمن كما يستوجب البايع الحبس لاستيفا الثمن والاختلاف بينهما قبل القبض يوجب التحالف فكذا يستوجب المشترى الثمن على البايع حتى يتحقق القلب الا انه متى لم يكن البايع استوفى الثمن من احد لا يبقى للمشترى على البايع سبيل لان المشترى استحق على البايع عين العبد بالاقالة والبايع كان استحق بالبيع فالتقيا قصاصا واذا كان البايع استوفى الثمن من المتبرع بقدر اثبات المقاصة بينهما فاستوجب المشترى على البايع الثمن كما كان يستوجب البايع على المشترى بالبيع واذا استرد المسترد المشترى الثمن هل يسلم له بعضهم قالوا لا نسلم هذا فسخ في حقه بلا عقد لان الثمن سقط عن ذمته بتبرع الكفيل فياخذه ويرد على المتبرع وقال بعضهم يسلم له واليه

واليه اشار في الكتاب فانه قال والثمن للمشترى لانه وجه للرد على الكفيل لوقوعه عقدا اخر في حقه فهو فسخ على الثمن في حق البايع لا شك فيه لانه ما قبضه كان ثمنا فقد صار ملكا الثمن من المشترى بطريق الفسخ فيملكه ضرورة ثم فرق بين هذا وبين ما ذكرنا في البيوع اذا زاد الاجنبى في الثمن بغير امر المشترى ثم رد المشترى المبيع بالعيب بغير قضا او تقايلا البيع يرجع المشترى البايع بالثمن والاجنبى بالزيادة لان الاجنبى عنه يثبت صفة العقد وهي كونه رابحا فاشبه ثم العقد من هذا الوجه والاقالة رافعة للعقد اصلا وصحة فيعود الثمن الى ملك الاجنبى ضرورة بخلاف الكفيل ولان الاجنبى ثمة بمنزلة الوكيل بالشرى لان سلامة المبيع للمشترى انما كان بقبوله الزيادة ولو كفل عن المشترى بالثمن ولم يود غير الثمن ولكن صالح مع البايع على خمسين دينارا فله ان يرجع بالدراهم على المشترى وليس له ان يرجع عليه بالدنانير اما صحة الصلح اذا الدنانير قبل الافتراق الى البايع لان هذه مصادفة جرى بين البايع والكفيل ولو جرت بين البايع والمفصولى يصح فاذا كان كفيلا والدين واجب عليه كهو واجب على المشترى كان اولى واما الرجوع على المشترى بالدراهم لان الكفالة متى كانت بامر المكفول عنه اوجبت دينين دينا على الكفيل للطالب ودينا للكفيل على المكفول عنه الا ان دين الطالب على الكفيل حال ودين الكفيل على المكفول عنه موجل الى وقت الادا ولهذا لو اخذ رهنا من المكفول عنه بهذا الدين صح كما لو اخذ رهنا بالدرك فاذا صالح فقد ملك الكفيل ما كفل به بهذا الصلح لان الدنانير وان قلت تصلح بدلا عن الدراهم فصار كما لو ملك ما كفل به بالهبة والارث او الايفا ولو كان كذلك يرجع عليه بالدراهم كذلك هنا فلو لم يرجع على المشترى حتى استحق العبد او ظهر فساد البيع لم يرجع المشترى على البايع لانه ما ادى المال الى البايع لا صورة ولا حكما وظهر ان المال لم يكن واجبا عليه وان الكفالة باطلة وبقي الامر بالدفع على ما ذكرنا الا ترى انه لو ادى عين الثمن لا يرجع المشترى على البايع فهنا اولى وهنا لانه ادى الى البايع عين ما كفل به بالصلح لان المأخوذ بالصلح عين الواجب حكما ان كان غيره حقيقة ولهذا قلنا لو ادعى على اخر الف درهم فصالح المدعى عليه من ذلك على ثوب ثم تصادقا على ان لا دين بطل الصلح ولزمه رد الثوب بعينه كما لو اوفاه القايم نصا دقا ان لا دين ولو اعتبر بدلا عن الالف كان بيعا فكان لا يبطل متى ظهر انه لم يكن عليه دين كما لو باع حصته فثبت ان المأخوذ بالصلح عين الواجب حكما ان كان غيره حقيقة كالمسلم فيه والجامع بينهما ان في السلم سبب الضرورة الى جعله عينه ضرورة ان الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز فهنا سبب الضرورة لان الصلح يجوز بدون الحق والتجوز بدون الحق انما يكون باستيفا البعض وترك البعض فصار كما لو اوفى البايع عين الواجب وهو الف درهم ولو كان كذلك لا يرجع المشترى على البايع اذا لم يكن الكفيل رجع عليه لكن اذا حضر الكفيل رجع على البايع بالدنانير لانه ظهر ان البايع قبض الدنانير بحكم صرف فاسد لانه ظهر انه لم يكن على الكفيل دين فحصل الافتراق قبل قبض احد البدلين

لان الكفيل لم يقبض الدراهم حقيقة ولو كانت في ذمته حتى يصير قابضا بذمته فيرجع عليه بما ادى وليس له ان يرجع على المشتري فرق بين هذا وبين ما لو اوفى الكفيل البايع الف درهم حيث كان الكفيل بالخيار ان شا اتبع البايع وان شا اتبع المشتري والفرق ان ثمة ظهر ان الكفيل دفع الالف الى البايع بامر المشتري على ان يرجع على المشتري بمثله فيرجع بحكم الامر بالدفع لوجود الموافقة صورة وهنا خالف امره صورة ومعنى اما صورة فلا شك واما معنى فلانه امره باداء الثمن لانه ظهر ان لا ثمن عليه وكذلك لو كان الكفيل باعه دنانير بالالف التي كانت له عليه لانه صارفه ببدل لم يقبض في المجلس ويرجع بعين الدنانير لفساد الصرف وهذا اذا افترق البايع والكفيل ثم استحق العبد فلو لم يتفرقا حتى استحق لا يبطل الصرف حتى لو نقد البايع الف درهم يسلم له الدنانير بخلاف الصلح والفرق ما ذكرنا ان الصلح يتعلق بعين تلك الدراهم فاذا لم يكن في ذمته شيء بطل اما البيع يتعلق بمثل تلك الدراهم في الذمة لا بعينها فبطلان ذلك بالاستحقاق لا يوجب بطلان البيع الا ترى انه لو استحق بدل الصرف قبل الافتراق لا يبطل الصرف حتى كان له ان ينقد مثل المستحق ويأخذ بدله كذلك هنا ولو لم يستحق العبد ولكنه مات في يد البايع قبل القبض وقد باع الكفيل البايع بالثمن خمسين دينارا وقبضها البايع صح البيع لانه لم يظهر فساده لانه لم يظهر عدم وجوب الثمن على الكفيل وقد وجد القبض من الجانبين ولا يرجع الكفيل على البايع وانما يرجع على المشتري بالف درهم ويرجع المشتري على البايع بالف درهم حضر الكفيل او غاب لان الكفيل صار موفيا الثمن الذي عليه بحكم الكفالة لانه وجب له بهذا البيع على البايع الف درهم وقد كان للبايع عليه الف فالتقيا قصاصا لان بموت العبد لا يتبين ان البيع لم يكن صحيحا وان الثمن لم يكن واجبا حين صارفه فصار الكفيل موفيا الثمن الذي كفل به حكما للمقاصة بكفالة صحيحة فصار كما لو اوفاه حقيقة ولو كان كذلك لم يكن للكفيل على البايع سبيل انما السبيل للمشتري على البايع رجع المشتري عليه اولا على ما ذكرنا وهذا لان الصرف يوجب ضمانا غير ما كان ثابتا لما ذكرنا ان البيع لا يتعلق بعين الثمن ولم يتبين عدم وجوب الثمن لان البيع انما بطل بمعنى مقصور على الحال واذا الكفيل بمنزلة اداء المشتري فكان له ان يرجع ولو كان الكفيل صالح البايع على خمسين دينارا من الثمن فكذلك لانه لم يتبين فساد الصلح فبقي مؤديا الثمن بحكم الكفالة الصحيحة فيرجع على المشتري ويرجع المشتري على البايع الا ان هنا البايع بالخيار ان شا رد الدنانير ونقض الصلح وان شا امضاه الدراهم بخلاف البيع فانه يجب عليه رد الثمن ولا يخير والفرق ان المشتري انما يرجع على البايع بالثمن والبايع قد استوفى الثمن في المبيع من الكفيل

من الكفيل بكماله لان مبنى البيع على المماكسة والاستقصاء فصار مستوفيا الثمن بكماله حكما ولو استوفاه حقيقة ثم انفسخ البيع بهلاك العبد قبل القبض كان على البايع رد الثمن من غير خيار اما البايع في الصلح لم يستوف الثمن بكماله لان مبنى الصلح على الحط والاغماض والتجوز بدون الحق فكان له ان يقول انما قبلت الصلح بشرط ان لا يلزمني غرم فاذا الزمني كان لي الخيار ولهذا لو كان له على اخر عشرة دراهم فاشترى بها منه ثوبا كان له ان يبيعه مرابحة على عشرة فلو صالحه منها على ثوب ليس له ان يبيعه مرابحة لدلالة الحط والاسقاط ولانه انما يلزمه رد ما استوفى وما استوفى الدراهم ولهذا لو صالحه من الدين على دراهم ثم تصادقا ان لا دين بطل الصلح لانه استوفى استيفاء له معنى لا صورة فيلزمه الرد كذلك نظيره ما قلنا في دين بين رجلين وهو انه اشترى احدهما بنصيبه شيئا فانه يغرم لشريكه نصف نصيبه من الدين شا او ابى لانه وصل اليه تمام حقه بالمقاصة فصار كانه وصل اليه حقيقة وبمثله لو صالحه على نصيبه كان بالخيار ان شا اشرك صاحبه في المقبوض وان شا غرم له نصف دينه لما ذكرنا وان اختار رد الدنانير فالذي يلي قبضها الكفيل لا المشتري لانه لما اختار رد الدنانير فقد انفسخ عقد الصلح وصار كان لم يكن وعاد الحق الى الكفيل وبرئ المشتري لان الكفيل وصل الى حقه فلم يملك المكفول به فلا يرجع على المشتري فان كان الكفيل لم يرجع على المشتري مضى الامر وان كان يرجع عليه بالدراهم يردها الى المشتري لانه تبين براءة المشتري وان اختار رد الدراهم فقبضها الى المشتري حضر الكفيل او غاب لانه لما اختار رد الدراهم فقد اختار الصلح وبهذا الاختيار صار مستوفيا الف درهم من الكفيل بالصلح لما قلنا ويرجع الكفيل على المشتري بالدراهم لانه يملك الدراهم بالايفا حكما ولا سبيل له على البايع لما ذكرنا من قبل والمامور بقضا الثمن بمنزلة الكفيل في جميع ما ذكرنا لانه يقوم مقام المشتري في الادا يريد به بالصلح والبيع جميعا اما في جواز الصلح فان الفضولي لو صالح على خمسين دينارا من عند نفسه يجوز فلان يجوز من المامور بالقضا وانه قائم مقام الامر في القضا كان اولى واما البيع طعن القاضي ابو الهيثم النيسابوري رحمه الله تعالى فقال ينبغي ان لا ان لا يجوز بيع المامور من البايع خمسين دينارا بالثمن الذي على المشتري لانه في هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين فينبغي ان لا يجوز كما لا يجوز من الفضولي نص محمد رحمه الله تعالى عليه بعد هذا ان بيع الفضولي لا يجوز والجواب عنه ان المامور بقضا الدين بمنزلة الفضولي

من وجه من حيث انه لا دين عليه كالفضولي وبمنزلة المطلوب من وجه من حيث
انه لو قضى الدين يجبر القاضي الطالب على القبول كما لو قضى المطلوب بخلاف الفضولي
فاجتمع فيه ما يوجب الجواز وما لا يوجب فرجحنا ما يوجب احتيالا لجواز البيع
ولان الدين في الحكم كانه على المامور لانه التزم قضا الدين من مال نفسه ليرجع
بمثله على المطلوب فاشبه الكفيل الا ان الكفيل ملتزم في الحال باقامة ذمته مقام ذمة
المطلوب والمامور اقام ماله مقام مال المطلوب وذلك انما يتحقق عند الادا فاخذ
شبها بالكفيل عند الادا فتبين انه باع الدنانير بدين على نفسه فيصح ولان البيع
بدين على غيره انما لا يصح مع ان البيع لا يتعلق بعين الدين لما فيه من شرط تسليم
الثمن على غير العاقد وانما يتاتى هذا المعنى في موضع لا يكون مسلطا عليه بدون البيع
وهنا التسليط ثابت باداء الدين وهو موجود معنى ومتى لم يكن التسليط مضافا الى
البيع لا يتضمن شرط تسليم الثمن على غير العاقد فيصح ثم اذا ظهر فساد
البيع بالاستحقاق او بالحرية ثبت براة المشتري وتبين انه لم يرد عن المشتري
ثمنا ولا اسقط عنه حقا وقد خالف امره فلا يرجع عليه بشي وانما يرجع على البايع
بالدنانير لانه ادى بغير حق كما في الكفيل وان مات العبد صح اداوه لانه قصد
المشتري من الادا قضا دينه وقد قضى وان خالف امره في ظاهر وتحت الامر
بالادا معنياه قضا الدين وابراء ذمته وهو خالف في صفة القضا ولم يخالف في عين القضا
فيرجع على المشتري بما امره به ولو كانت الكفالة بغير امره لم يرجع المشتري على البايع
بحال لانه ليس بعود الثمن حقيقة ولا معنى وانما السبيل للكفيل على البايع في الوجهين
جميعا لان في الوجه الاول وهو الاستحقاق قد انفسخ البيع وكذا في الوجه الثاني
وهو الهلاك قبل القبض فيما بين البايع والمشتري والكفيل وسقط الثمن على
المشتري في حق الكل فظهر ان المنقود لم يكن ثمنا في حق الكفيل وهو متبرع باداء
الثمن ولانه لم يحصل مقصوده من التبرع فيرجع انه ان باع شيئا لا يتخير
البايع ويعطيه الثمن وان صالح يتخير لما قلنا والله تعالى هو اعلم فان
قيل ان جاز صالح الكفيل لا يجوز من التبرع ثمنه اولى لا لكن لا يجوز بيعه
وفيه تمليك الدين من غير من عليه قيل له الكفالة بغير امره وان كان
لا توجب دينا للكفيل على المكفول عنه يوجب دينا للبايع عليه ولهذا يجبر الكفيل
على الادا كما يجبر المشتري فانما صار بايعا بهذا الدين لا بالدين الذي
على المشتري فكان تمليك الدين ممن عليه الدين فيجوز ولو كان الذي اعطا
البايع الدنانير لم يكفل له بها ولا امره به المشتري فباع البايع خمسين
دينارا بالمائة التي على المشتري فالبيع باطل سوا شرط بايع الدنانير
ان يكون ذلك الثمن له او لم يشترط بان يقول بمائة على المشتري مات العبد او لم يمت

او لم يمت لان البيع تمليك بمال وليس على هذا الرجل للبايع دين لا من كل وجه ولا تسلط
عليه فلو جاز هذا البيع لصار متملكا الدين الذي للبايع على المشتري بهذا البدل وهو
لان البايع يصير مملكا الدين من غير من عليه الدين وانه لا يجوز لانه تمليك الشي بشرط
ان يكون التسليم على الغير الا ترى ان بيع العين بهذا الشرط مع ان العين يقبل من
التصرفات ما لا يقبل الدين والمالية والتقوم فيه ثابتة من كل وجه لا يجوز فلان لا يجوز في
الدين اولا بخلاف ما اذا قبل الكفالة بغير امر المشتري لانه وجب عليه الثمن وان كان
بغير امره فيكون صرفا بما في ذمته لا بما في ذمة غيره هنا اذا باع وان صالحه على خمسين
دينارا على ان يكون الثمن الذي للبايع على المشتري له فكذلك الجواب لانه صار بايعا منه
دينا له على غيره لوجود حد البيع وهو تمليك المال بالمال وان تلفظا بلفظ الصلح لان
العبرة للمعنى الا ترى ان الكفالة بشرط براة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة
الاصيل كفالة ولو صالحه على الدنانير مطلقا ولم يسم شيئا او لم
يشترط فيه براة المشتري وهو جائز لان الصلح فيه معنى التمليك ومعنى الاسقاط
لانه يجوز بدون المحل فكان اسقاطا للبعض واستيفاء للبعض فرجحنا جانب
الاسقاط احتيالا للجواز فصار بادلا المال للبايع بازا اسقاط الدين كانه قال
اسقط ما لك من الدين على المشتري حتى اوفيك خمسين دينارا وهذا لان صلح الفضولي
في الاسقاطات صحيح اذا ضمن المال او اضافه الى مال نفسه
الا ترى ان من له القصاص اذا صالح مع اجنبي على مال ضمنه لم
يصح ذلك ويستحق المال عوضا عن الاسقاط وان كان من يعطي
المال لا يملك به شيئا وكذا خلع الفضولي بمال ضمنه وكذا صلح
الفضولي مع المدعى صحيح سوا كان المدعى عليه مقرا بالدين
او منكرا فان تبين فساد البيع من الاصل استرد ما دفع وان فسد
بعد الصحة فللبايع الخيار ان شا رد الدنانير وان شا رد الدراهم والذي
يتولى قبضها هو المصالح لما ذكرنا ولو اشترى عبدا بالف درهم جياد
نقد بيت المال وكفل رجل بالثمن بامر المشتري ثم ان الكفيل ادى الفا
بنهرجة وتجوز بها عنه البايع فان الكفيل يرجع على المشتري بمثل ما
كفل به وهو الجياد لا بما نقد لانه يرجع بما ملك وتملك ما في ذمته من
الجياد ورجوعه على المشتري متعلق بملك ما في ذمته لا بالادا الا ترى
انه لو ملكه بالهبة والارث يرجع وان لم يوجد الادا فان قيل الكفيل ملك
اصل الدراهم بالادا لا الوصف وهو الجودة قيل له لا بل ملك الجياد لانه
ملك ما في ذمته وما في ذمته جياد وهذا لان الزيوف تصلح بدلا
عن الجياد الا ترى ان من اشترى الفا جيادا بالف زيوف جاز بخلاف ما اذا

حط البائع عن الكفيل شيئا فانه يرجع على المشتري بما ورا المحطوط لا بكل الثمن
لان تسعمائة مثلا لا تصلح بدلا عن الالف لانه ربوا فلا يملك الكل باداء النقص
اما النبهرجة تصلح بدلا عن الجياد لان جيدها ورديها سواء فجاز ان يملك الجياد
باداء النبهرجة وهذا لان الحط ابراء عن بعض الثمن والابراء الكفيل اسقاط ولهذا
لا يرتد بالرد ويجوز تعليقه بالشرط ولو ابراه عن الكل لا يرجع على المشتري لانه
تملك ما في ذمته بخلاف الهبة لانه تمليك ولهذا يرتد بالرد ولا يجوز تعليقه بالشرط
فرق بين ابراء الاصيل وابراء الكفيل وسوا بينهما في الهبة والفرق ان ابراء
الكفيل اسقاط محض في حقه لانه ليس في حقه الا مجرد المطالبة فصار كسائر
الاسقاطات فلا يرتد بالرد بخلاف الاصيل لان اصل الدين عليه فيكون ذلك
تمليكا منه لان المال الذي هو واجب له في مال غيره يصير له بالاداء فيصير هذا تصرفا
باسقاط الفعل عنه وبجعل الواجب له فصار اسقاطا من وجه تمليكا من وجه فوفرنا
على الشبهين حظهما فقلنا يصح من غير قبول لشبهه بالاسقاط ويرتد بالرد لشبهه
ايضا بالتمليك ولو وهب من الكفيل يرتد بالرد كما لو وهب من الاصيل لان الهبة لفظ
وضع للتمليك ويمكن تحقيق الهبة في حق الكفيل كما في حق الاصيل لان
هبة الدين من غير من عليه الدين جائز اذا سلط عليه وهو مسلط عليه
في الجملة او بجعله ذلك نقلا للدين منه مقتضى الهبة فيصير هبة الدين ممن عليه الدين
وامكن ذلك عليه لان له ولاية الدين اليه فقد ابا حالة الدين اليه
فثبت ذلك مقتضى تصرفهما تصحيحا واذا استقام تحقق الهبة منه وجب
الجري على مقتضى الهبة كما في حق الاصيل فقد ذكرنا انه لو ابرا الاصيل
يصح من غير قبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك فكذلك لو وهب
منه وهذا لان الهبة تمليك ومجرد المطالبة لا يقبل التمليك انما يقبله الدين فاذا
فاذا وهب منه ولا دين عليه انتقل الدين من ذمة الاصيل الى ذمته وانقلبت الكفالة
حوالة الا ترى انه لو احال رب دينه بالف للمحيل على المحتال عليه ثم ان
المحتال له ابرا المحتال عليه برئ المحل والمحتال عليه المحيل بالحوالة والمحتال عليه
بالابرا ورجع المحيل على المحتال عليه بدينه لان الدين قائم والمانع من الرجوع تعلق
حق المحتال له وقد زال فرجع كما لو ابرا المرتهن الراهن من الدين ان يأخذ
رهنه ولو وهب المحتال له المحتال عليه جاز ولا يرجع المحيل على المحتال عليه انتهى
والفرق ما ذكرنا ان الهبة تمليك لو اضيفت الى العين تفيد ملك العين فاذا
اضيفت الى العين والدين مما يحتمل التمليك فانه مال يصلح صداقا ونصابا
للزكوة ويجري فيه الارث والوصية وغير ذلك ملك المحتال له ما في ذمته وقام
في ذلك مقام المحل الا ترى انه لو لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين او كانت الحوالة مطلقة

مطلقة ووهب المحتال له المال للمحتال عليه كان للمحتال عليه ان يرجع على المحيل بدين
الحوالة فاذا كان عليه دين للمحيل لو رجع المحيل بدينه على المحتال عليه كان له ان يرجع
على المحيل فاذا لم يكن فيه فائدة وقعت المقاصة اما الابرا اسقاط ليس فيه معنى التمليك
ولهذا لو اضيف الى العين لا يكون تمليكا للعين فكذا اذا اضيف الى الدين والساقط يتلاشى
شيء فلو رجع المحيل على المحتال عليه بدينه لم يكن له ان يرجع على المحيل لانه لا دين له في
ذمته فيرجع الا ترى انه لو لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين او كانت الحوالة مطلقة
فابرا المحتال له المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بشيء على المحيل فرق بين ابراء الكفيل
وبين ابراء الوكيل بالشرى فان ابراءه يرتد بالرد كالهبة منه ويرجع على الموكل في الابرا
كما يرجع على الموكل في الابرا كما يرجع في الهبة والفرق ان الثمن واجب عليه لانه اصل
في حق الحقوق فكان الابرا والهبة سوا كما في حق الاصيل فان لم يرجع الكفيل على
المشتري بالجياد وحتى استحق العبد فلا سبيل للمشتري على البائع ويأخذ لم
الكفيل ايهما شاء بالف بنهرجة ليس له الا ذلك اما لا سبيل على المشتري لما قلنا
من فساد الكفالة واما يتخير الكفيل لما قلنا من بقاء الامر بطلق الدفع واما يتم
الرجوع بالف بنهرجة اما على البائع فلان المقبوض الف بنهرجة وقد صار مضمونا عليه بالقبض
كما في الغصب فيرجع بعينه ان كان قائما وبمثله ان كان هالكا واما على المشتري فلان رجوعه
على المشتري بعد الاستحقاق وبطلان الكفالة بالادا لا بملك ما في ذمته وقد ادى النبهرجة
فكان له ان يرجع بالنبهرجة انتهى فان قيل وجب ان لا يرجع على المشتري بحق الامر لانه
خالف امره كما لو ادى الدنانير ثم استحق العبد قبل رجوعه على المشتري لا سبيل له على
المشتري قيل له النبهرجة من جنس الجياد لكن النوع مختلف والخلاف في نوع ما امر به
اذا كان الى خير لا يعد خلافا فالوكيل بالبيع بالف بنهرجة اذا باع بالف جياد بخلاف الدنانير
لان الدنانير ليس من جنس الدراهم واذا ثبت للكفيل الجياد ان اخذها من المشتري رجع بها المشتري
على البائع لقيامه مقام المامور هذا اذا استحق العبد ولو لم يستحق ولكن مات قبل القبض
وقد نقد الوكيل بنهرجة بعد ما كفل بالجياد لم يكن للكفيل على البائع سبيل لانه لو نقد جيادا
ثم مات العبد قبل القبض لم يكن له عليه سبيل لانه نقد بحكم كفالة صحيحة حال قيام الدين في
ذمته وذمة المشتري خصما ونقده بامر المشتري كنقد المشتري بنفسه لكن يرجع على المشتري
بالف بنهرجة فرق بين هذا وبين ما اذا لم يمت العبد حتى بقي البيع على حاله حيث يرجع
الكفيل على المشتري بالجياد والفرق ان العبد اذا مات وانفسخ البيع سقط
الثمن عن المشتري وسقط عن الكفيل ايضا وظهر ان الكفيل باداء النبهرجة لم
يملك الجياد حتى يرجع عليه بالجياد بحكم الملك فلو رجع رجع بحكم النقد بامره
وقد نقد البنهرجة فيرجع بالنبهرجة ويرجع المشتري بمثلها على البائع لان
نقد الكفيل بامره صار كنقد المشتري ولو نقد بنفسه بنهرجة ثم مات العبد يرجع عليه

بمثل ما نقد كذلك هنا بخلاف ما اذا لم يمت لان البيع قائم فكان الثمن واجب في ذمة
المشتري والوكيل نباد الالف بنبهرجة يملك ما في ذمته وهو الجياد فيرجع بذلك وهذا لانه
لو رجع على المشتري بالجياد كان للمشتري ان يرجع على البايع بالجياد ايضا لان الثمن
كان جيادا ولا يجوز ان يقبض البايع رديا ويدفع جيادا فيرجع الكفيل بما ادى حتى يرد البايع
ايضا على المشتري مثله بخلاف حال قيام العقد لانه لو رجع على المشتري بالجياد لا يؤدي
الى هذا وهذا لان البايع استوفى اصل حقه ووهب منه صفة الجودة فيعتبر هذا بما لو وهب
اصل الدين وسلم المبيع حتى بقي البيع الى سانه يرجع بجميع الثمن فكذا اذا وهب بعضه
واستوفى بعضه ولو مات العبد وانفسخ البيع لم يرجع عليه لانه تبين ان الهبة باطلة
وان برئت ذمته براة الاصيل فكذا اذا وهب الجودة واستوفى اصل الدراهم يرجع عليه
باصل الدراهم دون الجودة ولو تقايلا البيع ينبغي ان يرجع الكفيل بما كفل ويرجع المشتري
بموجب البيع ايضا هذا اذا نقد الكفيل ادون من الثمن اما اذا نقد اجود من الثمن بان كان
الثمن بنبهرجة وقد نقد الجياد لم يذكر صاحب الكتاب رحمه الله تعالى جواب الاستحقاق في
هذا الفصل وانما ذكر جواب الموت وذكر محمد رحمه الله تعالى في الاصل جواب الاستحقاق
فقال الكفيل يرجع على المشتري بالف بنبهرجة قبل الاستحقاق لان رجوع الكفيل هنا
بملك ما في ذمته لا بالادا وقد ملك الفا بنبهرجة فيرجع بذلك وهذا لانه تبرع بوصف الجودة
لانه غير مطالب ولو تبرع بالاصل لا يرجع عليه فكذا اذا تبرع بالوصف فاذا استحق العبد
فالكفيل بالجياد وان شا اخذ من البايع الفا جيادا مثل ما نقد او عينه وان شا اتبع
المشتري بالف بنبهرجة اما البايع فلانه ظهر انه اخذ الفا جيادا بحكم الكفالة الفاسدة
واما المشتري فلان الرجوع هنا بحكم الامر لبطلان الكفالة وقد امره بدفع الف لم
بنبهرجة فاذا ادى الجياد صار متطوعا في حق الزيادة كما لو ادى الزيادة من حيث
العدد فلا يرجع عليه ثم المشتري يرجع على البايع بالف جياد لانه قام مقام
الكفيل على ما مر هذا اذا استحق العبد واما اذا مات قبل القبض لم يرجع
الكفيل على البايع لما قلنا ويرجع على المشتري بالثمن وهو البنبهرجة لان الرجوع
هنا بحكم الامر وقد امره بنقد الف درهم بنبهرجة فصار الكفيل متطوعا باداء
الزيادة فيرجع على المشتري بالثمن ويرجع على المشتري على البايع بمثل ما اخذ من الكفيل
الفا جيادا او يسلم ذلك للمشتري لانه انما يرجع لقيامه مقام الكفيل فقضا للادا عند
انفساخ البيع على محمد رحمه الله تعالى في الاصل فقال لان الكفيل تطوع
على المشتري فصل الدراهم فصار ذلك للمشتري جعل الكفيل متبرعا على المشتري
لا على البايع لان اداه لاجل المشتري فكانه ملك الفضل من المشتري وهذا لانه
في الكفالة وقضا الدين الدين كان منفصلا على المشتري لا على البايع فكذا في حق
زيادة الجودة يجعل منفصلا على المشتري ثم استشهد محمد رحمه الله تعالى في الاصل

في الاصل فقال الا ترى ان رجلا لو امر رجلا بان يعطي فلانا عشرة دراهم على ان يكون
قرضا للامر على القابض ويكون قرضا للمعطي على الامر فان اعطى المامور الفا بيض
دراهم جيادا نقد بيت المال كان للمامور على الامر مثل الدراهم التي امره به ولا يرجع بالفضل
لانه ليس بداخل تحت الامر ثم يرجع الامر على القابض بعشرة جياد نقد بيت المال لان المامور
باصل القرض كان منفصلا على الامر لا على القابض فكذا في حق صفة الجودة فصار الامر مستقرضا
اصل الدراهم وقد قبضه معنى بقبض القابض مع زيادة صفة فيكون في اصل الدراهم مقترضا
وفي الزيادة متبرعا عليه ثم وقعت تلك الجياد قرضا منه للقابض فيرجع بمثل عليه فالحاصل
ان القرض فيما بين الامر والقابض بحكم القبض عيانا فيرجع عليها وفيما بين الامر
والمعطي بالقبض المعنوي بحكم الامر فثبت حكم القرض فيما بينهما بقدر ما ساوله الامر
ولو اشترى عبدا بالف درهم وامر رجلا ان ينقد عنه الثمن بغير كفالة فنقد فهذا على وجهين
اما ان ينقد اجود او اراد فان نقد اجود من الثمن ففصل الاستحقاق والموت لم يرجع
الا بالثمن لان الرجوع هنا بحكم الامر وهو غير مامور في الزيادة فكان متطوعا فان استحق
العبد لم يكن للمشتري على البايع سبيل لما قلنا في الكفيل وكان المامور بالخيار ان شا
اتبع البايع وان شا اتبع المشتري اما البايع فلانه قبضه بحكم امر وقضا فاسد واما
المشتري فلانه ادى بامره فان اتبع البايع اتبعه بما ادى اليه فان اتبع المشتري اتبعه بالثمن
لانه في حق الزيادة متطوع ثم المشتري يرجع على البايع بمثل ما اخذ من المامور وان مات
العبد في يد البايع لم يكن للمامور على البايع سبيل لصحة الادا ويرجع على المشتري بالثمن
لان الرجوع بحكم الامر وقد امره باداء الثمن وهو الردي ويرجع المشتري على البايع بمثل
ما نقده المامور لما ذكرنا في الكفيل وهذا لان القابض من حيث المعنى من الامر لان قبض البايع
في الابتدا يقع للامر ثم لنفسه في حالة البقا كما لو امر رجلا ان يطعم عن كفارة طهارة
او يمينه فكفر جاز ويقع قبض المسكين للامر اولا ثم لنفسه وان نقد ادون من الثمن فقبل
الاستحقاق والموت لم يرجع على المشتري الا بمثل ما نقد فرق بينه وبين الكفيل فان قبل
الاستحقاق والموت يرجع على المشتري بمثل الثمن الف درهم جيادا والفرق ان رجوع
الكفيل يتعلق بملك ما في ذمته لما ذكرنا وفي ذمته جياد فيملك ذلك ويرجع بها فاما رجوع
المامور يتعلق بالادا لان قبله لم يجب الطالب على المامور بشي فلا يجب للمامور على الامر
ايضا ما لم يود فاذا ادى وجب له عليه ما ادى عنه فان استحق العبد كان له الخيار ان شا اتبع
البيع بعين ما نقد او بمثله لفساد الادا وان شا اتبع المشتري ثم المشتري يرجع بمثل ذلك على
البايع لقيامه مقامه وان مات العبد لم يرجع المامور على البايع بشي وانما يرجع على
المشتري بما نقد ثم يرجع المشتري على البايع بشي وانما يرجع على المشتري بما نقد ثم يرجع
المشتري على البايع بما نقد المامور ثم استشهد محمد رحمه الله تعالى في
الاصل فقال رجل اجر دارة بمائة درهم سنة ودفعها اليه ولم يسكنها المستاجر حتى

امر رب الدار المستاجر ان يعطي رجلا عشرة دراهم من اجرة الدار على ان يكون ذلك قرضا لرب الدار على القابض فدفع اليه على هذا ثم انتقضت الاجارة بموت احدهما فلا سبيل للمستاجر على القابض لانه حين ادى عشرة دراهم بامر الآجر كان صحيحا فصار قبضه للآجر اولا لان بانتقاض الاجارة لم يظهر فساد العقد والامر كما في موت العبد هنا فصار كانه وكيل فيما قبضه ثم صار قابضا لنفسه قرضا من جهته فكان المواجر قبضها حقيقة ثم دفعها اليه قرضا ولو كان كذلك لا يكون للمستاجر على القابض سبيل كذلك هنا لكنه يرجع على المواجر ثم المواجر يرجع على القابض كذلك هنا صار كان المامور نقد للمشتري ثم المشتري نقد للبايع فان كان المستاجر نقد دون من الاجر لم يرجع على الآجر الا بمثل ما نقد لانه نقد من حيث المعنى اصل الاجرة ولم ينقد الجودة حتى انتقضت الاجارة ولو لم ينقد الاجرة حتى انتقضت الاجارة لم يرجع على الآجر بشيء فكذا اذا لم ينقد الجودة لا يرجع بها وان نقده اجود لم يرجع الا بمثل الاجر لانه في حق الجودة متطوع ويرجع المواجر في الوجهين جميعا على المستقرض بمثل ما قبض لان المستاجر في ادا اصل الاجر منفصل عن المواجر فانه يعطيه الاجر قبل وجوبه فكذا في حق الجودة يجعل منفصلا على رب الدار فكذا فيما تقدم من المسائل في المبسوط لو اشترى عبدا من رجل ونقده الثمن واخذ منه كفيلا بالعبد حتى يدفعه اليه فمات العبد لم يكن على الكفيل شيء لان العقد قد انفسخ بموته قبل القبض وبرئ الاصيل عن تسليم نفسه فكذلك الكفيل والكفيل ما ضمن الثمن فلا يطالب بشيء منه وكذلك لو كان ضمن الدرك في العبد لان الهلاك قبل التسليم ليس بدرك انما الدرك الاستحقاق ولو قبضه ثم وجد به عيبا فرده لم يكن على الكفيل شيء لان العيب ليس بدرك ولو لم يجد به عيبا ولكن استحق نصفه فرد المشتري النصف الباقي لم يضمن الكفيل الا ثمن النصف المستحق لان الدرك تحقق في ذلك النصف فاما النصف الآخر فانما رده المشتري بعيب التبعيض وذلك ليس بدرك والله تعالى اعلم بالصواب

باب من المفاوضة اصل الباب

ان شركة المفاوضة جائزة عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى لا اعرف ما المفاوضة وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كان في الدنيا عقد فاسد فالمفاوضة وربما قال انه نوع من القمار فاما مالك رحمه الله تعالى فانه كان لا يعرفها لغة فقد قيل اشتقاقها من التفويض فان كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه في جميع مال التجارة وقد قيل اشتقاقها من معنى الانتشار يقال فاض الماء اذا انتشر واستفاض الخبر فلما كان هذا العقد مبنيا على الانتشار والظهور في جميع التصرفات سمي مفاوضة وقيل اشتقاقها من المساواة قال القائل ؞ لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ؞ ولا سراة اذا جهالهم سادوا ؞ يعني متساويين فلما كان هذا العقد مبنيا على المساواة في المال والربح سمي مفاوضة وان كان لا يعرفها

وان كان لا يعرفها شرعا فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تفاوضوا فانه اعظم للبركة وقال اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة والامام الشافعي رضي الله عنه فانه بنى على مذهبه ان الاصل شركة الملك على ما ذكرنا وما هو موجب المفاوضة فقط لا يثبت باعتبار شركة الملك فلهذا افسدها وقال لانها تتضمن الكفالة بالمجهول للمجهول فان كل واحد منهما يكون كفيلا عن صاحبه فيما يلزمه بجهة التجارة والكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فبالمجهول اولى والذي نقول انه ضرب من القمار فانما يدخل ذلك على مذهب ابن ابي ليلى والثوري رحمهم الله تعالى فانهما يقولان اذا ورث احدهما مالا يكون ذلك مشتركا بينهما لما نذكر لا على مذهبنا وحجتنا ان هذه شركة تتضمن الكفالة والوكالة وكل واحد منهما صحيح مقصودا فكذلك في ضمن الشركة فاما الجهالة ففيها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن الزيادة المنازعة بسببها وذلك منعدم هنا فان كل واحد منهما انما يصير ضامنا على صاحبه ما لزمه بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم ومثل هذا يوجد في شركة العنان فان التوكيل بشرى شيء مجهول الجنس لا يصح مقصودا ثم صحت شركة العنان وان تضمنت ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى في العقد فكذلك المفاوضة وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انها لا تنعقد الا بلفظة المفاوضة حتى لو لم يذكر لفظ المفاوضة يكون عنانا عاما والعنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما ووجه هذا ان اكثر الناس لا يعرفون جميع احكام المفاوضة فلا يتحقق منهما الرضى بحكم المفاوضة قبل علمهما به ويجعل تصريحهما بالمفاوضة قائما مقام ذلك كانه فان كان العاقدان يعرفان احكام المفاوضة صح العقد بينهما اذا ذكرا معنى المفاوضة وان لم يصرحا بلفظها لان المعتبر المعنى دون اللفظ ومن شرط هذا العقد ان يتساويا في راس المال ابتداء وبقاء فلا يختص احدهما بملك مال يصلح ان يكون راس مال الشركة من النقود وان يتساويا في الربح فلا يشترط لاحدهما زيادة على صاحبه لما بينا ان قضية اللفظة المساواة وان يكون كل واحد منهما في التجارة وفيما كان من توابعها اصيلا في النصف وكيلا عن صاحبه بما وقع عليه من ضمان التجارة ولواحقها تحقيقا للمساواة بينهما وتصرف كل واحد منهما فيما كان من التجارة وتوابعها انما ينفذ على صاحبه بسبب الشركة وعلى نفسه بقيام ولايته الاصلية على نفسه لا بسبب الشركة لان الحاجة الى الشركة فيما كان على غيره فان كان مال احدهما اكثر من الآخر بان كان لاحدهما الف وللآخر الفان او مائة دينار قيمتها اكثر من الف او ورث احدهما بعد المفاوضة او وهب له ما تصح به الشركة بطلت المفاوضة عندنا ويكون عنانا عاما وقال ابن ابي ليلى رحمه الله تعالى هي مفاوضة جائزة والمال بينهما نصفين فبيننا

وبينه انفا فان من شرائط المفاوضة المساواة فقلنا لما انعدم شرطها
لم تكن مفاوضة ولكنه عنان عام فكانهما باشرا شركة العنان ولقباه بلقب فاسد
وهو يقول قصدا تصحيح المفاوضة ولا وجه لتصحيحها الا بعد ان يصير صاحب الفضل
مملكا بعض راس ماله من صاحبه ليشتري به فيصير كانه وهب منه بعض راس المال
حتى يحصل مقصودهما بمنزلة ما لو قال لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم
بدليل التمليك في كلامه ليحصل مقصودهما وهذا مستقيم على اصله فانه
يجوز هبة المشاع فيما يحتمل القسمة من الشريك وهذا لا يجوز عندنا فا
فالظاهر انهما لم يقصدا لان اشتراط المساواة في راس المال في هذه الشركة من
دقايق العلوم لا يعرفه الا الخواص من الناس و بين العلما رحمهم الله تعالى خلاف
فلعل المتعاقدين بنيا هذا العقد على قول من يرى جوازه مع التفاوت في راس
المال ولا يجوز ابطال شيء من الملك على احدهما بالاجماع وقال في الميراث والهبة
مقتضى المفاوضة للشركة بينهما في الملك الذي يحدث لاحدهما بعده كما لو
ملك احدهما شيئا بسبب التجارة لكنا نقول عقد المفاوضة انما يوجب الشركة
بينهما فيما يحصل بطريق التجارة لان كل واحد منهما يكون وكيلا عن صاحبه في ذلك
التصرف وهذا في الارث لا يتحقق ثم الملك ايضا بالميراث ليس بحادث لان
الوارث خلافة فيبقى للوارث الملك الذي كان ثابتا للمورث وسبب هذه الخلافة
لم توجد في حق الشريك ولو قلنا بان المفاوضة توجب الشركة بينهما في الموهوب
والموروث لبطلت في نفسها لانها تصير في معنى القمار والمخاطرة وذلك
باطل شرعا واذا لم تثبت الشركة بطلت المفاوضة لوجود التفاوت في راس المال
والطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالمقترن بالسبب وحرف اخر
ان العزل الحكمي يحصل به بدون العلم لانه ثبت حكما الامر لا امر له والقصدي يقف على
العلم دفعا للضرر عن الوكيل اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله تعالى
اذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة ثم ان احدهما امر رجلا ان يشتري
له عبدا بالف درهم ولم يدفع اليه الثمن صحت الوكالة وصار الرجل وكيلا
عنهما لان الوكالة من توابع التجارة وقد ذكرنا ان كل واحد منهما وكيل عن
صاحبه فيما هو من توابع التجارة الا ترى انه لو نهاه الاخر عن الشرى
حتى نهيه حتى لو اشترى بعد ذلك يصير مشتريا لنفسه لان عزل
الوكيل من صنع التجارة كالتوكيل فكان عزل احدهما كعزلهما الا ترى ان
لاحد شريكي العنان والمضارب ان يوكل بالتصرف استحسانا لان التوكيل
من عادة التجار لما فيه من تحصيل مقصودهما وهو الربح فيصير كل واحد منهما كالاذن
لصاحبه بخلاف الوكيل بالبيع او الشرى حيث لا يملك توكيل غيره لان المقصود

لان المقصود تحصيل الحق وهو رضي برايه لا براي غيره والناس يتفاوتون في الراي ولان
الوكالة التي تضمنها الشركة بمنزلة الوكالة العامة ولهذا صحت من غير بيان جنس
المشتري وصفته وفي الوكالة العامة للوكيل ان يوكل فانه لو قال لوكيله اعمل برايك كان
له ان يوكل غيره فاذا ملك المضارب وشريك العنان التوكيل فالمفاوض اولى فلو لم يشتر
الوكيل شيئا حتى نقضا المفاوضة وفاوض كل واحد منهما رجلا اخر فاشترى المامور
بعد ذلك وهو يعلم بمناقضتهما او لا يعلم لزم العقد الامر وليس لشريكه الاول
ولا للثاني فيه شيء اما جواز الشرا على الامر لانه وكيله حقيقة ولا تعلق لصحة الوكالة
بالمفاوضة واما الاحق لشريكه الاول فلان تصرف كل واحد من المتعاوضين فيما كان
من التجارة وتوابعها انما ينفذ على صاحبه بسبب الشركة والشركة قد انتقضت
في حق الشركة الاولى فيبطل ما ينبني عليه وان لم يعلم الوكيل لانه عزل حكمي فلا
يفتقر الى العلم وقال بعضهم ان عزل قصدي لانه نقض معنى التوكيل قصدا فيتضمن
نصفه العزل قصدا ولكن العزل القصدي انما يقف على العلم في موضع يتضرر به
الوكيل ولا ضرر هنا لو جعلناه وكيلا للامر خاصة لان الثمن غير مدفوع اليه حتى يلحقه
الضمان لو دفع الثمن البديع والعهدة راجعة الى التوكيل لا محالة ورجوعه على الامر
في الوجهين فمن طريق يتضمن اضرارا به العزل عن وكالة الاخر وبقي وكيلا في حق
الامر لان نفاذ وكالته اي الامر على نفسه ما كان بسبب الشركة وانما كان لقيام
ولايته على نفسه ولم يقع في ولايته خلل فبقي وكيلا في حقه وصار شرى وكيله في هذه
الحالة كشرائه بنفسه واما عدم الشركة للشريك الثاني لان قيام الشركة وقت
الشرى ووقت التوكيل شرط لثبوت الشركة في المشتري ولم توجد الشركة
وقت التوكيل معه كما لم يوجد مع الاول وقت الشرى وهذا لان توكيل الامر سابق على عقد الثاني
وانما يتضمن عقد المفاوضة معنى التوكيل في المستقبل لا في الماضي والتوكيل امر لا بد منه
لثبوت الشركة في المشتري ولا يفيد المفاوضة وان ازداد مال احدهما لان المفاوضة انما تفسد
بازدياد مال من جنس راس مال الشركة والعقد لا يصلح راس مال الشركة وليس للوكيل
ان يرجع على شريكه الاول بالثمن لانه لو اخذه اخذه بحكم الكفالة التي تضمنها المفاوضة وحين
وجب الثمن على الامر لم يكن بين الامر وبين الاول شركة فلا يكون كفيلا عنه ولكن الوكيل بالخيار
ان شاء رجع على الامر بالثمن وان شاء رجع على شريكه الثاني اما على الامر لانه وكيله بالشرى
وللوكيل بالشرى ان يرجع بالثمن على الامر سوا نقد الثمن من ماله او لم ينقد
واما على شريكه الثاني لانه كفيل عن صاحبه بما لزمه من ضمان التجارة
وقد لزمه بعد كفالته وان كان هذا ثمن عبد وقع لشريكه خاصة كما لو
اشترى احدهما طعاما او كسوة لنفسه وعياله فانه يختص بالمشترى ويكون
صاحبه كفيلا عنه فان ادى الشريك ثمن العبد من ماله خاصة بان باعه بذلك

عرضا او قاصد بدين وجب له عليه قد ورثه عن قريبه رجع به على الامر لانه ادى دينه بحكم
الكفالة وان ادى من مال المفاوضة يرجع عليه بنصفه لان نصف المودى ماله فيرجع
بذلك ولا تفسد المفاوضة وان ازداد مال احدهما لان الزيادة دين وهو ليس
من جنس مال الشركة وقد ذكرنا ان الزيادة اذا لم تكن من جنس راس مال الشركة
لا تفسد المفاوضة والى هذا اشار في الكتاب فقال انما تفسد المفاوضة اذا كان
لاحدهما دراهم او دنانير خاصة ليس لصاحبه منها شيء الا ترى انه لو ورث دينا على رجل
لم تفسد المفاوضة وان رجع على الامر فان ادى من خالص ماله بان باع عرضا او ورث
دينا على الوكيل لا يرجع شريكه عليه بشيء لانه ادى دينه من خالص ماله ولا تفسد
المفاوضة وان ادى من مال الشركة يرجع عليه شريكه بنصفه لانه قضى دينا عليه
من ماله استشهد محمد رحمة الله تعالى فقال ان احد المتفاوضين لو توكل عن غيره
بشرى عبد له فاشتراه اخذ البايع بالثمن اى المتفاوضين شا اورد هذه المسئلة
ليتبين انه يجوز ان يواخذ المتفاوضان بضمان تجارة يجب على احدهما وان لم يكن
للضامن في ذلك حظ فانه لا حظ للوكيل فيما اشترى لغيره في المشترى وانما الحظ
الموكل ومع هذا اخذ صاحبه بما وجب عليه من الضمان فلان يواخذ بضمان تجارة يجب
على صاحبه وللضارب في هذا الضمان حظ كان اولى ولكل واحد من المتفاوضين ان يرجع
بثمن العبد على الامر قبل ان يؤديه اما المشترى فلانه وكيل بالشرا والوكيل بالشرا ان
يقبض الثمن من الموكل قبل الادا واما الشريك فلان ما ثبت لاحدهما من حق القبض بحق
التجارة يجب مثل ذلك حتى يستويا الا ترى انه كما يثبت للوكيل بالشرى حق قبض المبيع
من البايع يثبت لصاحبه مثل ذلك حتى يستويا وايهما نقد الثمن واخذ المبيع له
ان يحبسه لاستيفا الثمن من الموكل وكذا الشريك لان عمل احدهما كعملهما في اعمال التجارة
فصار شرا احدهما كشرايهما وكذا فيما كان من توابعه في العيون ابن سماعة عن محمد
رحمهما الله تعالى في مفاوض اشترى عبدا بالف درهم فلم يقبضه حتى لقى صاحبه البايع
فاشتراه منه بالف وخمسماية فانه جائز وقد انتقض الاول سوا عرف العقد او لم
يعرف لان شرى الاول وقع على المفاوضة والشركة وشرى الثانى كذلك لان
حكمهما انما يعقد احدهما من التجارة فما اجتمعا عليه سوا فصار شرى الثانى فسخا
للاول او زيادة في الثمن الاول والزيادة تلتحق باصل الحق هشام عن محمد رحمة الله تعالى
متفاوضين قال احدهما لشريكه لا تبع هذه الجارية فباعها قال بيعه جائز وكذا لو
قال لا تشتر هذه الجارية فاشتراها جاز لان قضية عقد المفاوضة اطلاق التصرف
لكل واحد منهما في ذلك المال وحكم العقد باق فلا يعمل نهيه مع قيام ما يوجب التصرف
الا ترى ان المولى اذا نهى عبده عن شرى بشيء او التصرف بنوع لا يصح نهيه
اذا تفاوضا الرجلان الرجلان ثم دفع احدهما كر حنطة من شركتهما الى رجل وامره

ان يشترى بها عبدا فاشترى الوكيل له عبدا بكر حنطة وسط بغير عينه مثل كر الامر جاز الشرى
على الامر وان لم يشتر اليه بعينه هكذا هنا ولم يذكر القياس والاستحسان وفي كتاب الوكالة ذكر
فيها القياس والاستحسان والقياس ان يكون مخالفا او مشتريا لنفسه وفي الاستحسان لا يكون
مخالفا ولا مشتريا لنفسه وجه القياس انه خالف امر الوكيل الى شيء لانه امره بان يشترى له عبدا
بكر حنطة بعينه وشرى العبد بكر بعينه شرى من وجه بيع من وجه فاذا اشترى بحنطة
في الذمة فقد اتى بشرى من كل وجه لان الحنطة في الذمة ثمن من كل واحد فكان خلافا الى
شر لان في الموكل في تعيين الحنطة فائدة لينتقض البيع بهلاكها في يد الوكيل قبل التسليم حتى لا يكون
للوكيل على الامر سبيل ولا يجب الدين في ذمته فاذا اشترى بكر في الذمة ثم هلك الكر لا يبطل الشرى ثم يبيعه
بمثل ذلك والرضى بالشرى على وجه لا يلحقه الضمان لو هلك ما نقد لا يكون رضى بالشرى على وجه يلحقه
الضمان لو هلك الا ترى انه لو دفع اليه الفا وامره ان يشترى له بها عبدا فهلكت تبطل الوكالة وان
وان كانت الدراهم لا تتعين في الشرى لفوات مقصوده وهو عدم وجوب الدين في ذمته
للوكيل فهنا اولى الا ترى انه لو وكله بالشرى بنصف من المكيل والموزون فاشترى بغير ذلك النصف
لم يلزم الامر لانه لم يحصل مقصود الامر فان مقصوده تحصيل العبد له بهذا النصف الذى
سماه فاذا لم يحصل مقصوده كان مشتريا لنفسه وجه الاستحسان ان
الوكيل خالف الموكل في نوع ما امره الى خير فانه امره ان يحصل له ملكا في عبد بكر حنطة
وسط بعينها وقد حصل له الملك في العبد بكر حنطة وسط في الذمة فكان
الجنس واحدا والنوع مختلفا وهذا خلاف الى خير لان ملك العبد بكر حنطة
في الذمة اثبت فانه لا يبطل بهلاك الكر المعين وفيما يرجع الى تحصيل الغرض
والمطلوب الاطلاق والتقييد سوا بل الاطلاق اقرب الى تحصيل الغرض
وما ذكر من التفاوت تفاوت في غير ما دل عليه كلامه وانما ينظر الى التفاوت
فيما دل عليه كلامه ولا تفاوت فيه لما ذكرنا والله الهادى اعلم
اقصى ما في الباب انه امره بتصرف هو بيع من وجه
شرى من وجه وقد اتى بالشرى من كل وجه الا انا رجحنا جانب
الشرى في الامر لانه استعمل الكر استعمال الاثمان حيث قرن به
حرف البا وحرف البا يصحب الابدال والاثمان وفي ترجيح جانب الشرى
تصحيح العقد على الوجه الذى قصده العاقد وتحصيل مقصود الامر وبقى
الضمان عن التصرف والضمان لا يلزمه بالشك فلهذا رجحنا جانب الشرى
فيه نظيره ما ذكر في المضاربة اذا دفع الى رجلين الف درهم مضاربة بالنصف
فاشترى بالعبد بالالف عبدا ثم باعه احدهما واجازه الاخر جاز لان
بيع احدهما توقف على اجازة الاخر باعتبار انه نعدر سعده على العاقد
لان ملك العين لغيره فتكون اجازته في الانتها كاذنه في الابتدا ولو

كان احدهما باع العبد بشئ بعينه فاجازه صاحبه في القياس لا تعمل اجازته لان في بيع
المقايضة كل واحد من العاقدين يكون مشتريا من صاحبه والشرى لا يتوقف
على الاجازة كما لو اشتراه بالدراهم فاذا لم يعمل اجازته فيما اشتراه صاحبه عد
فكذلك لا يعمل في البدل الاخر وفي الاستحسان ينفذ العقد باجازته ويكون
بدله من المضاربة لان في العرض الذي من جهته هو بايع وبيعه يتوقف على اجازة صاحبه
ويجعل اجازته في الانتها بمنزلة اذنه في الابتدا ثم ضرورة اعمال
اجازته في نفوذ العقد به في احد البدلين اعماله في البدل
الاخر ثم هذا العقد في احد البدلين شرى وفي البدل الاخر بيع
ولكنا رجحنا جانب البيع لان العوض الاخر مذكور في العقد على وجه الثمن
فانما قرنا به حرف البا وحرف البا يصحب الابدال والاثمان وفي ترجيح جانب
البيع تصحيح العقد على الوجه الذي قصد العاقد عند الاجازة وبقي الضمان عن
المتصرف والضمان لا يلزمه بالشك فلهذا رجحنا جانب البيع وفي الوكالة
رجح جانب الشرى لان التصحيح ونفي الضمان فيه وعلى هذا اذا اودع
عبد رجل مالا ثم احال رب دينه على المودع حوالة مقيدة بالوديعة فقضى الدين من مال
نفسه له ان يرجع بالوديعة ولا يكون متبرعا استحسانا وعلى هذا الوكيل بقضا الدين
اذا امسك دراهم الموكل وقضى الدين من مال نفسه له ان ياخذ دراهم الموكل ولا يكون
متبرعا استحسانا وعلى هذا الوكيل بالشرى او بالانفاق على العيال اذا امسك دراهمه
ونقد الثمن او انفق من مال نفسه له ذلك ولا يكون متبرعا وفي القياس يكون متبرعا
لانه قضى دينه من ماله بغير امره وجه الاستحسان ان مقصود الامر قد حصل فكان
اذنا له دلالة ولان في التعيين تضييقا على الوكيل وربما يجد الطالب في السوق
او في مصر اخر او وجد ما امره الموكل بشرايه في السوق وليست الدراهم
معه ولا يمكنه حمل الدراهم مع نفسه في كل وقت لما فيه من الحرج فجعل ماذونا
فيه وليس القصد من التعيين الشرى بها لانه لا فائدة فيه بل الفائدة عدم
رجوع الوكيل عليه وتعلق التوكيل بالمنقود حتى لو هلكت تبطل الوكالة لانها
لو بقيت لزم الشرى للموكل وربما لا يقدر على ادى الثمن من مال اخر
ولا يتمكن من الانتفاع بالمبيع لان للوكيل ولاية الحبس لاستيفا الثمن
بخلاف ما اذا كان قايما في يده من المشايخ رحمهم الله تعالى من قال القياس
والاستحسان في قضا الدين لانه ليس فيه شرى ولا يجب الدين
للمامور على الامر اما في التوكيل بالشرى والانفاق له ان ياخذ
مال الموكل ولا يكون متبرعا قياسا واستحسانا لان في الانفاق شرى
والشرى بحكم الوكالة يوجب دينين دين البايع على الوكيل ودين الوكيل على الموكل ولهذا كان

كان للوكيل ان يرجع على الموكل قبل الادا من ماله ولو ابراه البايع له ان يرجع على الموكل فقد
ظفر بمال مديونه فكان له ان ياخذ بدينه منه فان لم يشتري الوكيل شيا حتى افترق المتفاوضان
وفاوض كل واحد منهما رجلا اخر والوكيل يعلم بمفارقتهما ثم اشترى فهو للامر خاصة
لما قلنا في المسئلة الاول وان لم يعلم بالمناقضة فهو بين الشريكين الاولين ولا شئ
لشريكه الثاني منه لان الامر كان قبل الشرى ثم اذا علم ونقد الثمن الذي في يده
للبايع فللشريك الذي لم يامره ان يضمن نصفه ان شا الشريك وان شا
الوكيل وان شا يسترد من البايع ثم البايع يرجع على الوكيل ويرجع الوكيل
على الامر او على شريكه الثاني لانه انما لزمه الدين بعد ما صار هو كفيلا عنه
فرق في الجامع بينهما اذا كان الثمن مدفوعا الى الوكيل وبينهما اذا لم يكن
وفي كتاب الوكالة سوا بينهما وقال في المسئلتين العبد للامر خاصة
علم او لم يعلم واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه منهم من قال
في المسئلة روايتان ومنهم من لم يصحح رواية الوكالة منهم عيسى بن ابان والقاضي
ابو حازم رحمهم الله تعالى وجه رواية الوكالة ما ذكرنا ان المشترى مامور
من جهة الامر وانما يلزم الشريك بحكم الوكالة الثابتة في ضمن المفاوضة
وقد انتقض ذلك كما اذا لم يكن الثمن منقودا وجه رواية الجامع وهو الفرق
بين المسئلتين ان الثمن اذا كان منقودا فالامر احد تعلقا بمال الشركة ولهذا
يبطل بهلاكه وان كان التوكيل والشرى يصح بدون التعيين فصار كما
كما لو وكل الشريك صريحا والمناقضة عزل للوكيل فيصح اذا علم الوكيل
ولم يصح اذا لم يعلم وجعلت المناقضة كان لم تكن في حق وقوع حكم تصرفه
لهما بخلاف ما اذا لم يكن منقودا ولان الثمن اذا كان منقودا لو صار معزولا من غير
علمه بمناقضتهما تضرر به الوكيل وصار مغرورا لانه يشتري العبد بما دفع
اليه الامر على انه لا يلزمه ضمان ما قبض ولو صار معزولا لزمه الضمان لانه انما دفع
اليه الثمن من مال مشترك بينهما فيضمن نصفه لشريكه فيتضرر هذا
المعنى معدوم فيما اذا لم يكن الثمن منقودا اليه وبخلاف ما اذا علم لانه يمكنه
عزل نفسه وعدم الشرى والدفع وقيل انما اختلف الجواب بنا على
ان نقض المفاوضة عزل الوكيل قصدا او حكما على ما ذكرنا فمن جعله عزلا
حكميا يقول لا يقف على العلم كموت الموكل وتصرفه بنفسه فيما وكله
به ومن جعله عزلا قصديا يقول يتوقف على العلم في موضع الظهر وهنا فيه
ضرر على ما ذكرنا وذكر في الوكالة اذا دفع الى رجل مالا ووكله بان يقضي به دينه
ثم دفع موكل المال الى صاحبه ثم دفع الوكيل وهو لا يعلم بدفع
الموكل فلانه عليه قال وهذا انما اخراجه من الوكالة وانه لا يصح بدون

عليه دفعا للضرر عنه فان قيل هذا اخراج حكما لان الدين لا يبقى بعد قضاء الموكل
فيكون قضاؤه تفويتا للمحل وذلك عزل حكمي فلا يقف على العلم قلنا ليس كذلك
فان دفع الموكل بنفسه ليس بموجب العزل حكما لكن يتضمن منع الوكيل عن الدفع
لانه لا يحصل المقصود بدفعه بعد ذلك الا ترى ان الطالب لو وجد المقبوض زيوفا
كان الوكيل على وكالته فتبين ان هذا بمنزلة عزله قصدا فيتوقف على علمه وكذا
لو وهب الطالب المال من المطلوب او ابراه منه فهذا بمنزلة عزله قصدا
فلا يضمن بالدفع بل يرجع المطلوب بالمال ان شا لكونه مالكا او الوكيل لكونه
دافعا وقد تبين انه قبض ما ليس له حق القبض ولو دفع مع علمه بدفع المطلوب
او هبته الدافع يضمن لانه قد انعزل بعد العلم ويرجع على الطالب لانه ملك المقبوض
بالضمان وقد قبضه منه بغير حق فكان له ان يرجع عليه فرق في ابو حنيفة
رحمة الله تعالى بين هذه المسئلة وبين المتفاوضين اذا امر كل واحد منهما صاحبه
باداء الزكوة فاديا معا ضمن كل واحد منهما لصاحبه حصته فيما ادى وان اديا على التعاقب
ضمن الثاني لصاحبه حصته مما ادى سوا علم باداه او لم يعلم سوا بين العلم وعدمه
في الزكوة وفرق بينهما في الوكالة وعندهما ان علم باداه ضمن والا فلا هكذا ذا
في الزكوة وهو موافق لمسئلة الكتاب وذكر في الزكوة انه لا ضمان
عليه سوا علم باداء شريكه او لم يعلم مال شمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى
وهو الصحيح عندهما فيما يحتاجان الى الفرق ايضا على رواية الزيادات انتهى وعلى
هذا الخلاف الوكيل باداء الزكاة بعد ما ادى الموكل بنفسه والتوكيل بعتق العبد
من الظهار اذا اعتقه بعد ما كفر الموكل او ماتت المسراة المظاهر عنها
او بعد ما عمى العبد عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى لا ينفذ عتقه وعندهما ينفذ
علم بتكفير الموكل او لم يعلم على ما ذكرنا في الزيادات لهما ان اداء الزكواة
بنفسه يتضمن عزل الوكيل فلا يثبت حكمه في حقه قبل العلم ولانه كان
عن قصد وفعل من الموكل فهو كالصريح بالعزل كما في المامور بقضا
الدين وفرقهما على رواية الزيادات انه مامور بدفع المال
الى الفقير على وجه يكون قربة وصدقة واداء الموكل بنفسه لا ينفي هذا
المعنى فلا يوجب عزله فكان في الادا ممتثلا امره فلا يضمن بخلاف
المامور بقضا الدين فانه مامور بان يملكه ما في ذمته بما يدفع اليه
وذلك لا يتصور بعد قضا الموكل بنفسه فكان قضاؤه عزلا للوكيل ولكن
لا يثبت حكمه في حقه قبل العلم به دفعا للضرر عنه ولابي حنيفة رحمة
الله تعالى انه امره باداء الزكوة وقد ادى غير الزكوة فكان مخالفا ضامنا
بيانه ان موجب اداء الزكوة سقوط الفرض عن ذمته وقد سقط باداء الموكل

باداء الموكل بنفسه فلا يتصور اسقاطه باداء الوكيل وكان اداء الوكيل عزلا للوكيل من طريق الحكم
لفوات المحل وذلك لا يختلف بالعلم والجهل كالوكيل ببيع العبد اذا اعتق الموكل العبد والوكيل
بالطلاق اذا طلق الموكل وخالع او انقضت عدتها او الوكيل بالخلع اذا خالعها الموكل بنفسه
فانه ينعزل الوكيل علم بذلك او لم يعلم بخلاف الوكيل بقضا الدين فانه مامور بان يجعل المودى
مضمونا على القابض على ما هو الاصل ان الديون تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد اداء الموكل
فلم يكن اداؤه موجبا عزل الوكيل حكما كما لو باع الموكل ما وكيل ببيعه يوضح الفرق انه هناك
لو لم يوجب الضمان على الوكيل بجهله باداء الموكل لا يلحق الموكل فيه ضرر لانه يتمكن من استرداد
المقبوض من القابض ان كان قائما وتضمينه ان كان هالكا وفي الزكوة لو لم يوجب الضمان
ادى الى الحاق الضرر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه
والضرر مدفوع فلهذا اوجبنا الضمان بكل حال ثم اذا صار العبد بين الشريكين على رواية
الجامع فيما اذا لم يعلم بالمناقضة فتسترع فقال ان هلك الكر فقال قبل ان ينقده البايع كان
للوكيل ان يرجع على الامر او شريكه الاخر بكر مثل كر التمر اما على الامر لانه وكيله بالشرى
واما شريكه الثاني لانه كفيل عن الامور بما عليه من ضمان التجارة فهذا ضمان التجارة
وقد لزمه بعد الكفالة وليس للوكيل ان يرجع بالكر على شريكيها الاول وهو الذي
لم يامره بالشرى لانه لو رجع عليه انما يرجع بحكم الكفالة عن الامر وحال ما وجب
الكر على الامر لم يكن بين الامر وبين شريكه الاول مفاوضة حتى تصير كفيلا عن الامر
بما وجب عليه فان قيل ان لم يكن للوكيل الرجوع على شريكه الاول بحكم
الكفالة عن الامر وجب ان يكون له حق الرجوع عليه بنصف الكر لانه صار
مشتريا بنصف العبد له اذا لم يعلم بمناقضتهما على رواية الجامع
قيل له المفاوض الذي لم يامر بالشرى ما ملك نصف العبد بتوكيله فانه لم
يوكله بالشرى وانما امر المفاوض الذي وكله بتوكيله بالشرى في ضمن
عقد المفاوضة ومن امر رجلا بان يوكل غيره حتى يشتري له شيا فوكل فاشترى
الثاني ما وكله ليس له ان يرجع على الامر وانما يرجع على موكله يرجع على الامر
كذلك هنا واذا لم يكن له ولاية الرجوع عليه لا يكون له ولاية الرجوع على شريكه
الثاني واذا ثبت ان للوكيل ولاية الرجوع على الامر او على شريكه الثاني
فان رجع على الامر فان ادى الكر من خالص ملكه لا يرجع شريكه عليه
بشي لانه ادى دينه من ماله وان ادى من مال الشركة رجع شريكه
عليه بنصفه لانه ادى دينه من مال مشترك وان رجع على شريكه
اي شريك الامر فان ادى من مال المفاوضة له ان يرجع
على الامر بنصفه لانه كفل عنه بامره وان ادى نصفه من مال نفسه
رجع بكله على الامر لانه ادى دينه بحكم الكفالة عنه بامره وللامر

وشريكه ان يرجعا بنصف الكر على المفاوض الذي لم يامره بالشرى وعلى شريكه
اما يرجع الامر على الذي لم يامره لانه مامور من جهته بالتوكيل والوكيل بالشرى
اذا رجع بالثمن على موكله كان لموكله ان يرجع على الامر بحكم الامر واما الشريك
الامران يرجع على المفاوض الذي لم يامره لانه ثبت للامر حق الرجوع عليه فيثبت
لشريكه ايضا تحقيقا للتسوية بينهما واما لهما ان يرجعا على الشريك الجديد
للمفاوض الذي لم يامره لانه وجب نصف الكر على المفاوض الذي لم يامره وان ضمان
تجارة فيصير شريكه كفيلا عنه بما وجب عليه بحكم الكفالة فان رجعا على المفاوض
الاول الذي لم يامره فان ادى من ماله خاصته لم يرجع على احد لانه قضى دينا عليه
من ماله وان ادى من مال الشركة يرجع شريكه الجديد عليه بنصفه وان
رجعا على شريكه ان ادى من مال المفاوضة يرجع على شريكه بنصفه وهو رجع
الكل لانه قضى دينه بكفالته من مال مشترك وان ادى من ماله يرجع عليه
بكله لما ذكرنا والله اعلم وفي المبسوط واذا كفل رجل بمال موجل ثم فاوض رجلا
ثم حل الاجل لم يلزم شريكه من ذلك شيء اما عند ابي يوسف ومحمد رحمهم الله
تعالى فلان عقد المفاوضة لا يوجب المساواة بينهما في ضمان الكفالة كما لو كانت
الكفالة بعد الشركة فاذا كانت قبلها اولى واما عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
فلان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلا عن صاحبه فيما يجب على صاحبه
بسبب باشره بعد الشركة وهذا المال انما لزمه بسبب باشره قبل الشركة
لان وجوب المال عليه بسبب الكفالة لا بحلول الاجل الذي كان مانعا من المطالبة
يرتفع بمضي المدة فيبقى المال عليه بسبب الكفالة وقد كانت قبل
الشركة فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئا بثمن موجل ثم فاوض رجلا
الا ترى انه لو كانت الكفالة في الصحة وحل الاجل في مرض الموت
يعتبر من جميع المال لانه دين الصحة ولو كفل بالمال موجلا وهو مفاوضة
ثم فارقه او مات شريكه وحل المال فانه يلزم شريكه جميع الكفالة في قول
ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان المال انما يلزمه بسبب باشره في حال
قيام الشركة بينهما وانما كان زوال المانع بعد انقطاع الشركة ولما وجب المال
بمباشرة السبب على الذي باشره وجب على الاخر بحكم الكفالة فينفسخ الشركة
او انفساخها بالموت لا يسقط عنه ما كان لزمه كما لو اشترى شيئا بثمن موجل
ثم تفاسخا الشركة فان اداها الشريك قبل الفرقة او بعدها كان له ان يرجع
على الذي امر شريكه بالكفالة لانه كما قام مقام الشريك في وجوب
المال عليه والادا الى الطالب فكذلك في حق الرجوع على الاصيل وهذا
لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على كل واحد من الشريكين وجب ايضا

ايضا لكل واحد منهما على الاصيل الذي امر احدهما بالكفالة لان امر احدهما كامر ايا يهما
فانهما بعقد المفاوضة صارا كشخص واحد وكذلك لوارثه بعد موت الكفيل لانه مطالب
بالمال بعد موته كما كان قبله فان مات المفاوض الذي لم يكفل قبل حل الاجل فالمال
يحل عليه في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يحل على الحي منهما لان الاجل ثابت في
حق كل واحد منهما الا ان الميت استغنى عن الاجل بموته والحي يحتاج الى ذلك والميت
لا ينتفع ببقا الاجل بل يتضرر بذلك لان يد الورثة لا تنبسط في التركة والحي ينتفع
بالاجل فيبقى الاجل في حق الحي دون الميت وحلول المال على الميت بعد الموت
لا يوجب حلوله على الاخر لان الشركة قد انقطعت بموته والله اعلم بالصواب

باب رجوع احد الشريكين على صاحبه بحصته مما قبض اصل الباب

ان الدين مشترك بين اثنين على واحد بسبب واحد حقيقة وحكما فما قبض
احدهما كان للاخر ان يشاركه فيه ومتى وجب بشيئين مختلفين حقيقة وحكما
او حكما لا حقيقة فما قبض احدهما لا يشاركه الاخر فيه لانه غير مشترك وانما يعرف
الاتحاد والاختلاف باتحاد السبب واختلافه لان الحكم يتبع السبب وقد
ذكرنا في الباب المتقدم وحرف اخر الانسان اذا عاد اليه قديم ملكه برد
بدله كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد وحرف اخر
ما ذكرنا ان الزيوف والنبهرجة يقع بها قضا الدين بخلاف الرصاص والستوقة
وحرف اخر ان ادا الضمان يوجب الملك في المضمون اذا كان المضمون
قابلا للنقل من ملك الى ملك كما في الغصب وان لم يكن قابلا
للنقل يظهر في بدله لانه ان تعذر اثبات الملك في المضمون امكن ايضا
اثباته في بدله كما في المدبر اذا مات او ابق في يد الغاصب او بطريق اقامة
الضامن مقام المالك في استيفا البدل كما في غاصب الغاصب ومودع
الغاصب اذا استهلك الوديعة اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله تعالى
اذا كان لرجل على رجل اخر الف درهم دينا فامر رجلين ان يؤديا عنه الفا
الى صاحب المال فاديا ثم ان احدهما قبض من الاخر خمس مائة لم يشركه الاخر
الا ان يكونا اديا الفا من مال مشترك بينهما سوا اديا معا او
على التعاقب اما اذا اديا من مال مشترك بينهما بان كان خمس
مائة كل واحد منهما مسرع عن خمسمائة الاخر لان التسبب لم يتحد حكما
لان الادا منهما بمنزلة الاقتراض من الغريم فكانما اقرضا الامر الف
درهم كل واحد منهما خمسمائة درهم من ماله خاصة لان الغريم يصير مستقرضا اولا ثم ينوب قبض الطالب مناب قبضه فيصير قبضا
عن الغريم اولا بحكم القرض ثم قبض لنفسه بحكم الدين ولو اقرضا الغريم

الف درهم حقيقة كل واحد منهما خمسماية ثم قبض احدهما منه شيئا لا يكون
للاخر ان يشاركه فيما قبض وان اتحد الاقتراض لانه اختلف حكما لا صحة الاقتراض
في مال كل واحد منهما في مال الاخر ولهذا لو استقرض من رجلين شيئا واقرضه
احدهما صح وهذا لان صحة الاقراض بالقبض وقبض مال احدهما غير قبض مال
الاخر فلم يتحد السبب حكما فلم يكن الدين مشتركا كذا هنا
واما اذا ادّيا من مال مشترك بينهما فلانه بدل مال مشترك
بينهما وحكم البدل حكم المبدل فان قيل وجب ان يشاركه وان
كان المقبوض بدلا من مال مشترك بينهما لان بدل المشترك انما
يكون مشتركا اذا اتحد سبب وجوب الدين حقيقة وحكما كما
في بيع العبد المشترك صفقة واحدة وهنا لم يتحد لان سبب
وجوب الدين هنا القضا لا الامر بدليل ان المامورين بالقضا
اذا ارتهنا رهنا من الامر بما يجب لهما من الدين على الامر لم يجز وكذلك
لو تعجلوا ما يجب لهما من الدين عند الادا لم يصح الاستعجال حتى كان الامر
ان يرد منهما ولذا لو تصادقا مع الامر بما يجب لهما من الدين بعد الادا
لم يجز فثبت ان سبب وجوب الدين هو القضا لان بالقضا يصير
مقترضا والاقراض ان وجد منهما جملة حقيقة الا انه اختلف حكما
فان اقراض كل واحد منهما في نصيبه غير منوط بصحة الاقراض
في نصيب الاخر حتى ان رجلين لو اقرضا الفا مشتركا بينهما
من رجل فقبض المستقرض من نصيب احدهما دون الاخر صح لما قلتم
قيل له حق المشاركة هنا في المقبوض ما ثبت لمكان الشركة في
الدين وانما ثبت بسبب اخر وهو ان ما قبضه الفا بعض من المستقرض
ان كان غير المقبوض حقيقة فهو عين المقبوض حكما بدليل ان اقراض
الدراهم والدنانير والمكيل جائز ولو كان غيره حقيقة وحكما لكان
صرفا بنسيئة او بيع الكيل بجنسه نسيئة وانه باطل ولهذا لا لم
يصح من الماذون والمكاتب والوصي في مال اليتيم ولو كان مبادلة
يجوز فلهذا القرض اعارة وقد ذكرنا في الاقرار ان المكاتب
اذا استقرض من مولاه الفا بمعاينة الشهود وعليه دين وفي يده
الف فقضاها المولى يجوز وكذا لو كان للوارث على المريض دين قضاه
في مرضه يصح ولو كان مبادلة لا يصح ولهذا لو كان القرض كرحنطة
فاشترى المستقرض من رجل كرا وامر المقرض بقبضه قضا قبضه جاز
بكيل واحد للمشتري ولو كان مبادلة لا يجوز كما لو كان الكر عليه بسبب السلم

السلم ولو كان المقبوض غير ما اقرضناه حقيقة بان كان قائما في يد المستقرض
كان للذي لم يقبض ان يشاركه فيه كما قبل الاقراض فكذا اذا كان عينه حكما بخلاف
ما اذا اديا لان من مال مشترك بينهما لان هذا القابض قبض الخمسماية التي هي عين
ماله حكما ولو قبض الخمسماية التي هي عين ماله حقيقة لا يكون للاخر ان يشاركه فيه
فكذا اذا قبض عين ماله حكما فتعذر اثبات الشركة في المقبوض بهذا السبب و
تعذر اثبات الشركة في الدين الا ترى انه لو ادى احدهما جيدا مثل ما امر به والاخر
زيفا وتجوز به رب الدين لا يرجع احدهما على الامر الا بما ادى دل انه اقراض للمودى
الا ترى انه لو ثبت حق المشاركة فالذي ادى الزيوف يرجع على صاحبه بنصف ما اخذ
من الجياد ويؤدي اليه نصف الزيوف وانه لا يجوز ولو لم يامرهما بالقضا لكن امرهما
بالكفالة فتكفلا ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه صار كل واحد منهما كفيلا بخمس
ماية لانهما اضافا الكفالة الى الالف كفالة واحدة فينقسم عليهما كما لو اشتريا
عبدا بالف صفقة واحدة بحسب ما تقدم يجب على كل واحد منهما خمسماية
فان اديا الالف ثم قبض احدهما من الامر خمس ماية كان محمد رحمه الله تعالى اولا
يقول هذا والامر بقضا الدين سوا ثم رجع وقال لا يكون للاخر ان يشاركه فيما قبض سوا
اديا من مال مشترك بينهما او من غير مال مشترك وهو قول ابي يوسف رحمه الله
تعالى وجه قوله الاول ان الكفيلين بمنزلة المامور بدليل ان الكفيل لا يطالب المكفول
عنه بما كفل الا بعد الادا كالمامور واذا كان الرجوع بحكم الادا صار كالمقرضين له
ما اديا فان كان ذلك مشتركا فمثله يكون كذلك وان كان متفرقا فهكذا الا
الا ترى ان الطالب لو ابرا الكفيل لا يرجع الكفيل على المكفول عنه كما لو ابرا المامور
ولان البدل يقوم مقام المبدل كما ذكرنا في المامور وجه قوله الاخر ان رجوع
الكفيل ما كان بحكم الادا بل بملك ما في ذمته وقيام ذمته مقام ذمة الاصيل
ولهذا لو كفل بالجياد ثم ادى الزيوف او بالدراهم وادى الدنانير وصالح على عشرة
دنانير واشترى ما في ذمته من الدراهم بدنانير او ملك بالارث او الهبة
يرجع بما كفل لما ذكرنا ان الكفالة اقراض الذمة والتزام الدين وبنفس الكفالة وجب
الدين للطالب على الكفيل وللكفيل على الاصيل الا ان ما وجب على الكفيل حال
وما وجب له على الغريم موجل الى وقت القضا ولهذا لو اخذ به رهنا يصح ولو قضى
المطلوب الدين الى الكفيل قبل ادا الكفيل بنفسه صح حتى لا يكون له ولاية
الاسترداد كما لو عجل الدين الموجل ولو هلك المنقود في يد الكفيل وادى الدين
الى الطالب لا يرجع على المطلوب لانه يصير مستوفيا دينه ولو لم يكن الدين
واجبا عليه لرجع كما لو دفع الى رجل مالا ليقضي به دينه فهلك في يده
الا ترى انه لو دفع المال الى الكفيل ليقضي دينه على وجه الرسالة فهلك في

يده ثم ادى الدين رجع عليه بما كفل عنه ولو كان الدين الذي كفل به طعاما وادى المطلوب
اليه قبل ان يودي الى الطالب فتصرف فيه ثم قضى الطالب طعامه يطيب له الربح
لانه صح قبضه فكان الربح حاصلا على ملك صحيح فيطيب له وان قضى المطلوب الدين
بكذلك عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى في رواية الكتاب البيوع كذلك لان
اصل ملكه كان صحيحا فبان وجب عليه الرد بعد ذلك لا يتمكن خبث في الربح
وقال في كتاب الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله رحمه الله تعالى الربح له ولو تصدق
به كان احب الي وقال في الجامع الصغير يرد الاصل والربح على الاصيل عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى لانه انما رضي بتسليمه اليه بشرط لم يسلم له ذلك الشرط قال
شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى لكن مراده ان يفتي برد الربح من غير ان يجبر
عليه في الحكم لا يمكن فيه نوع خبث حين قبضه بشرط لا يسلم ذلك للمعطي فيؤمر
بالتصدق به على سبيل الفتوى فاذا ثبت ان وجوب المال عليهما بسبب الالزام
والزامهما متفرق فان كفالة هذا والزام هذا غير كفالة ذاك والزامه فكان السبب
مختلفا وهذا لانه وجب الدين لهما على المطلوب وعليهما للطالب بسببين مختلفين
من حيث الحكم لان كفالتهما وان اتحدت حقيقة لانهما كفلا عن الغريم بالف درهم
جملة لكن اختلف حكما لان كفالة كل واحد منهما صحتها غير منوط ومتعلق بكفالة
الاخر فان الطالب لو قبل كفالة احدهما دون الاخر صح ذلك بخلاف المامورين
لان ثمة الدين واجب قبل الادا وانما يجب بالادا والمودى مشترك فالحاصل ان
الكفيلين مقترضان ذمتهما والتزاما وجب على المطلوب وذمة هذا ممتازة عن ذمة
ذلك فلا يثبت بينهما الشركة في بدله والمامورا ن مقترضان المال وهو مشترك فكذا
بدله ولو ان الكفيلين باعا متضامنا عبدا بينهما وقبض احدهما شيئا او باعه كل واحد
منهما عبداله حاصة كان ذلك بمنزلة ما وصفت لك من الادا يريد به انه على
الخلاف فالذي ذكرنا لانهما يصيران مودين المال بهذا الطريق كما يصيران مودين
بحقيقة الادا وهذا اذا لم يشترط في الكفالة ان يكون كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه
ولو شرطا ذلك واديا ثم قبض احدهما شيئا يشاركه الاخر سوا اديا من مال
مشترك لانهما قصدا ان يكون كفالة واحدة فصار موجبها واحدا وهذا
لان جميع المال واجب على كل واحد منهما بحكم الكفالة عن الاصيل والنصف على
على كل واحد منهما بحكم الكفالة عن صاحبه فاذا ادى احدهما شيئا يرجع على صاحبه
فان شا رجع على صاحبه بنصف المودى فان شا رجع على الاصيل بجميعه لانه
كفل عنه بامره وادى فرق بين هذا وبينما لو كان لرجل على رجلين الف درهم
دين فكفل كل واحد منهما عن صاحبه فادا احدهما شيا فانه لا يرجع على صاحبه
حتى يودي اكثر من النصف لان ثمة كل المال وجب على كل واحد منهما ايضا

ايضا الا ان نصفه واجب بطريق الاصالة ونصفه بحكم الكفالة ولا معاوضة بين
جهة الاصالة وجهة الكفالة لان الواجب بجهة الاصالة دين من كل وجه لانقضية
غير ظاهر او ما وجب عليه بحكم الكفالة بقضية الاصيل ظاهرا فيترجح جهة الاصالة
وهذا لانه لو رجع على صاحبه انما يرجع بحكم الاداء عنه فكان لصاحبه ان يقول
اداؤك عني بمنزلة ادائي بنفسه بنفسي ولو كنت اديت بنفسي كان لي ان
ارجع عليك فكذلك اذا اديت عني بامري فيصح كل واحد منهما على صاحبه فيودي
الى الدور فبطل الادا عن صاحبه فيقع عنه الا اذا اراد المودي على النصف فحينئذ
يرجع بالزيادة بحكم الكفالة لانه ليس عليه بحكم الاصالة الا خمسماية فتقع الزيادة
بحكم الكفالة ضرورة ولانه لو رجع على صاحبه بالزيادة لم يرجع صاحبه عليه ملك الزيادة
رجل امر رجلين ان يشتريا له جارية بالف درهم فاشتريا له جارية بالف درهم ونقد
الثمن من مال مشترك بينهما وغير مشترك ثم قبض احدهما شيئا لا يشاركه
الاخر فيه لان سبب وجوب الدين للوكيلين على الموكل مختلف حكما لان سبب
الوجوب هو البيع الذي جرى بين الوكيل والموكل لا البيع الذي جرى بين البايع
والوكيل لما عرف ان الشرى بحكم الوكالة يوجب دينين فان الوكيل بالشرى
اصل في حق حقوق العقد كانهما اشتريا لانفسهما ثم باعاه من الموكل بما وجب
عليهما من الثمن ولهذا كان لهما حق الحبس عن الموكل لاستيفا الثمن والاختلاف
بينهما في الثمن يوجب التحالف ويرد عليه بالعيب ويرجع عليه بالثمن عند الاستحقاق
وقد وجب على كل واحد منهما خمسماية فصار كل واحد منهما بايعا بما وجب عليه
وذلك خمسماية ولو تصادقا على ذلك كان السبب مختلفا حكما ان كان متحدا
حقيقة فلا يكون الدين مشتركا بينهما وهذا لان رجوعهما عليه بحكم الشرى له او بحكم
الامر وقبول كل واحد منهما العقد غير قبول صاحبه والرجوع لا يثبت بحكم
الادا ولهذا يملكان الرجوع قبل الادا او امر احدهما بالشرى غير امر الاخر لم
الا يرى انه لو قبل احدهما الوكالة دون الاخر صح ولا يقال بلى انا جعلنا
كانهما باعاه منه عبدا واحدا صفقة واحدة في حق واحد في حق ما يرجع الى حقوق
العقد ولو جعل كذلك حقيقة فيشارك احدهما صاحبه فيما استوفى من الثمن
لانا نقول وان قدرنا هكذا ولكن بنا على الوكالة وهما وكالتان مختلفتان
فصار في التقدير بنا على ذلك كانهما باعا العبد في صفقتين وكذلك لو باعا عبدا
بينهما بذلك الثمن لانهما يصيران قاضيين الثمن بهذا الطريق وصار كما
لو اديا حقيقة رجلان باعا عبدا بينهما من رجل بالف درهم فقبض احدهما
نصيبه من الثمن يشاركه الاخر فيه لان هنا دين وجب بدلا عن محل مشترك
بسبب واحد حقيقة وحكما اما حقيقة فلان الصفقة متحدة واما حكما

فلانه لو قبل المشتري البيع في نصيب احدهما دون الاخر لم يصح ولو سمى كل واحد
منهما نصيبه ثمنا لم يشترك الاخر لانه دين وجب بسببين مختلفين حكما لان الصفقة
قد تفرقت بتفصيل الثمن على ظاهر الرواية ولهذا كان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب
احدهما وعلى قياس ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الصفقة لا تتفرق بهذا
وان كان البايع اثنين على ما مر في البيوع اشتركا ولو كان لاحدهما عبد وللاخر امة
باعاهما من رجل بالف اشتركا فيما يقبضان لان الصفقة متحدة حقيقة وحكما فكان
الواجب مشتركا وان كان بدلا عما ليس بمشترك بينهما ولو سمى كل واحد منهما ثمنا لم
يشتركا لان الصفقة تفرقت حكما على ظاهر الرواية فالحاصل ان في كل موضع اتحدت
الصفقة في مال واحد بسبب واحد فثبت الشركة وفي كل موضع اختلف لا يثبت
الشركة وما تتحد به الصفقة وما تتعدد ذكرناه في البيوع وكذلك لو اجرا دارا بينهما
من رجل سنة بماية درهم فلم يسكن المستاجر الدار ولم يقبضها حتى نقد احدهما حصته
خمسين درهما كان للشريك الاخر ان يشاركه لانهما باعا منفعة مشتركة بينهما صفقة
واحدة باجرة واحدة فكان السبب متحدا حقيقة وحكما وشبه هذا في الكتاب بدين
مؤجل لهما على رجل عجل من عليه نصيب احدهما قلت من مشايخنا رحمهم الله تعالى
من زعم ان الاجرة تملك بنفس العقد عندنا الا انه لا يطالب واحتجوا بهذه العبارة
والاصح انها لا تملك ولكنه اراد بالتشبيه انها تملك بالتعجيل واذا ملك بالتعجيل
صار بمنزلة المعجل من الاصل ولا يقال بانه اذا عجل نصيب احدهما نقد تميز نصيب
احدهما من نصيب الاخر فينبغي ان يجعل الصفقة صفقتين لاختلاف الاجرة
لان نصيب احدهما صار عينا وبقي نصيب الاخر دينا ولو كان في الابتدا كذلك
تفرقت الصفقة ولا يشاركه الذي حصته في الدين صاحبه كذلك هنا لانا نقول
هنا هكذا ان لو كان هذا تعجيلا لنصيب احدهما خاصة وليس كذلك لانه تعجيل
الدين المشترك فلا يختص به احدهما الا برضى الاخر وهذا لان حق المشاركة
انما ثبت حقا للشريك بقبض فلا يبطل ذلك بفعلهما كما لو قضى نصيب احدهما
احد البايعين من الثمن او احد المقرضين من الدين بخلاف ما لو كان في
الابتدا لان الدين ما وجب مشتركا من الاصل فلا تثبت الشركة
ولو سمى كل واحد منهما لنصيبه اجرة على حدة لا يشاركه الاخر كما في المبيع
اذا شهد شاهدان على رجل انه كاتب عبده على الفي درهم الى سنة وقيمته الف والعبد يدعي
والمولى يجحد تقبل الشهادة لاستجماع شرائط الجواز فلو قضى بذلك ثم رجعا
عن الشهادة عند القاضي في مجلس واحد او في مجلسين فرسوا والمولى بالخيار
ان شاء رجع على الشاهدين بقيمة العبد حالا وان شاء رجع على المكاتب الى
سنة لانه وجد من كل واحد منهما سبب الضمان في حق المولى اما من الشاهدين لانهما

لانهما بشهادتهما الباطلة ازالا يد المولى عن العبد وحالا بينه وبين العبد بغير عوض
يصل اليه في الحال وانه سبب الضمان كالغصب الا ترى انهما لو شهدا على رجل انه اجل دينه الى
سنة وقد ادعى المطلوب الاجل وانكر الطالب وقضى القاضي بالاجل ثم رجعا ضمنا الدين
لرب الدين حالا لتفويتهما امكان الاخذ في الحال واما من العبد فلان الكتابة يثبت
بالقضا ظاهرا وباطنا او ظاهرا لا باطنا على حسب ما اختلفوا فيه فان نفذ ظاهرا وباطنا
كان له بدل الكتابة وان نفذ ظاهرا لا باطنا كان بمنزلة فضولي كاتب عبد الغير واجازه
المولى ذلك فكان له ولاية اتباع المكاتب وبرفع معنى الاتلاف فان قيل كيف
يتبع العبد بالكتابة وقد زعم انه ليس له عليه بدل الكتابة قيل له نعم لكن القاضي لما قضى
عليه بالكتابة بشهادة الشهود فقد كذبه في اقراره والاقرار اذا اتصل به التكذيب من
القاضي بالبينة التحق بالعدم ولانا جعلناه انشا للكتابة من القاضي على ما ذكر فلم
يكن راضيا بعدم وجوب البدل وبعد ما اختار المولى تضمين احدهما لا يبقى له ولاية تضمين
الاخر كما في الغاصب مع غاصب الغاصب وهذا لانه لما اختار تضمين الشاهدين فقد
ملك بدل الكتابة منهما لان الضمان يوجب الملك في المضمون والمكاتب وان كان
لا يقبل النقل من ملك الى ملك قصدا بالبيع او الهبة ولا حكما بالارث لكن بدله
يقبل النقل من ملك الى ملك قصدا بان باعه عن المكاتب وحكما بالارث واذا
ملك بدل الكتابة منهما بالقيمة لا يمكنه الرجوع على العبد لزواله عن ملكه ولما فيه من الجمع
بين البدل والمبدل واذا اختار اتباع العبد فقد نفذت الكتابة منهما بالقيمة لا
لا يمكنه الرجوع على العبد لزواله عن ملكه ولما فيه من الجمع بين البدل و
المبدل واذا اختار اتباع العبد فقد نفذت الكتابة فلا يبقى الاتلاف ولانه
يصير مملكا رقبة العبد منه بما اخذ منه من بدل الكتابة ولو رجع عليهم بقيمته
يصير اخذ البدلين عن مبدل واحد وانه لا يجوز فلو انه اختار تضمين الشاهدين
رجع الشاهدان على المكاتب بالفي درهم الى سنة لانهما قاما مقام المولى في بدل
الكتابة كمن غصب مدبرا فقتل في يده خطا واختار المولى تضمين الغاصب
كان للغاصب تضمين عاقلة القاتل ان كان له عاقلة وتضمين القاتل ان لم يكن
له عاقلة قيمة المدبر وان لم يملك الغاصب رقبة المدبر بالضمان لانه باداء الضمان
قام مقام المولى في حق بدله كذلك هنا ويتصدقان بالفضل على القيمة ولا يتصدقان
بالالف لان الالف راس مالهما فيطيب لهما ويتصدقان بالالف الزيادة على القيمة
لان هذا ربح حصل بسبب خبيث وهو شهادتهما الباطلة بمنزلة ما
لو غصب من رجل عبدا قيمته الف فصارت في يده الفين ثم غصب منه اخر
وابق من يده وضمن المالك الفا كان للاول ان يضمن الثاني الفين
ويتصدق بالف ويسلم له لانه ربح حصل بسبب خبيث وهو الغصب

فرق بين هذا وبين ما لو غصب مدبرا قيمته الف فصارت الفين ثم غصبه اخر وابق
من يده وضمن المالك الاول فانه يرجع الاول على الثاني بالفين ويسلم له الف والالف
الثانية موقوفة لا يلزمه التصدق بها والفرق ان في المدبر حق الغاصب الثاني عن
القيمة التي دفعها الى الاول لم ينقطع من كل وجه لانه لو عاد من الاباق يعود الى ملك
المولى ويجب عليه رد القيمة التي اخذها من الغاصب الاول اليه ويرد الاول على الثاني ثم
فلبقاء حق الغاصب في القيمة قلنا لا يتصدق لانه لو تصدق يغرم للثاني فلزمه ضمان
لم يلزمه اما في القن لو عاد من الاباق يعود على ملك الغاصب الثاني لا على ملك المولى فاذا
انقطع حق الثاني عن القيمة استقر ملك الاول واخذ الالفين ربح حصل بسبب خبيث
فلزمه التصدق وكذا في مسئلتنا لا يتصور عود المكاتب الى ملك المولى بعد الحرية
فتقرر ملك الشاهدين في الفضل فلزمهما التصدق فلو قبض احد الشاهدين
من المكاتب الفا ليس للاخر ان يشاركه فيما قبض لانه قبض دينا غير
مشترك بينهما لان ما اخذ بدل ما في ذمته لمولاه من الضمان وذلك ليس
بمشترك بينهما فكذا بدله وليس هذا بدلا عن الرقبة حتى يكون بدل
مال مشترك لانهما لم يملكا الرقبة لا حق لعدم المحل فيكون عوضا عما غرما
من القيمة وما غرما لان مختلفان متفرقان لانهما انما استحقا بدل الكتابة
على المكاتب اما بشهادتهما او برجوعهما او بما وجب عليهما من الضمان باختيار
المولى وتضمينهما ولا شركة بينهما في واحد من هذه الاشياء اما الشهادة
والرجوع فلانهما متفرقان حقيقة وحكما ان شهد متفرقين فرجعا
متفرقين وبعد هذا غير … ذلك ولهذا لا تتوقف صحة رجوع احدهما
على رجوع الاخر او متفرق حكما ان شهدا معا ورجعا معا واما ما وجب عليهما
من الضمان فلانه وجب على كل واحد منهما خمسمائة في ذمته
وذمة كل واحد منهما تغاير ذمة الاخر فصار كالبيع بصفقتين
واذا استوفى احدهما الفا لا يعتق شيء من العبد لان المكاتب عبد ما
بقي عليه درهم وهذا لانهما قاما مقام المولى فكما لا يعتق الا باداء كل المال
الى المولى لا يعتق ايضا الا باداء كل المال الى من قام مقامه واذا
ادى المبدل اليهما يعتق لقيامهما مقام المولى وكما لو ادى الى الوارث
بعد موته ويكون الولاء للمولى لانه عتق على ملكه فيكون الولاء له كما لو ادى الى
الوارث وهذا لان رجوعهما في حق المكاتب غير صحيح ولهذا لا تبطل
الكتابة وقد استحق المكاتب ان يعتق على المولى ويكون ولاؤه له فلا يبطل
حقه برجوعهما فلو عجز المكاتب وقد قبض المولى منهما القيمة وقد
ادى المكاتب بعض الكتابة الى الشاهدين او الى احدهما يعود الى ملك المولى

المولى لانه لم يزل عن ملك المولى بالكتابة ولم يملكه الشاهدان لما قلنا فرد المكاتب يعجز
عن اداء البدل فيرد الى المولى ويرد المولى على الشاهدين القيمة لانه زال سبب الضمان
فيزول الضمان فالمدبر المغصوب اذا عاد من الاباق بعد ما ضمن الغاصب قيمته
يعود على ملك المالك ويسترد الغاصب الضمان لزوال السبب وكذا لو وجد
بالمبيع عيبا ورجع بالنقصان ثم زال العيب بزوال سببه يسترد النقصان
ويرجع المولى عليهما بما اخذ من المكاتب لانه كسب عبده لانه بعد العجز يصير كالعبد
المأذون فيما مضى فان كانا من جنس واحد يتقاصان ويترادان الفضل وهذا بخلاف
الابق اذا عاد من الاباق فانه يعود على ملك الضامن لان ثمة زال الابق عن ملك
المولى بالضمان لانه قابل للنقل والزوال بخلاف المكاتب ولا يقال المكاتب صار قابلا
للملك عند العجز وقد تقرر سبب الضمان قبل ذلك فينبغي ان يفيد الملك في المضمون
حينئذ لانا نقول انما يستقيم هذا ان لو امكن تقرير سبب الضمان قبل
عود المحل ولا يمكن لان سبب الضمان هو قصر اليد وقد زال هذا المعنى عند عود
المحل فلا يستقيم تقرير موجبه عند عود المضمون وهذا لان اذا
الضمان انما انعقد موجبا ان لو كان المحل قابلا حتى ينعقد السبب ولم
يتخلف الحكم لمانع وعند ارتفاعه يعمل الموجب وهنا اذا الضمان لم ينعقد
موجبا لانعدام المحلية فلا يفيد الملك عند ثبوت المحلية انتهى الا ترى
انه لو باع الابق ثم عاد من الاباق لا يصح البيع ولو باع المغصوب من رجل
ولا بينة له والغاصب منكر ثم اخذه منه لا ينفذ البيع مع قيام المحلية
للملك فهنا اولى وحال شهود الكتابة في جميع القيمة مع المولى كحال شهود
التدبير في المسئلتين مع الورثة فانهما لو شهدا على رجل انه دبر
عبده وهو يجحد والعبد يدعي فقضى القاضي بالتدبير ثم رجعا عن شهادتهما
يضمنان للمولى ما نقص التدبير لانهما اتلفا حق العتق للعبد وبذلك نقص
ينتقص ملك المالية للمولى فيضمنان ذلك النقصان فان مات المولى
والعبد يخرج من ثلث ماله عتق ويضمنان قيمته مدبرا لان تلف
ما بقي من المال عند الموت حصل بشهادتهما فان التدبير موجب
حق العتق في الحال وحقيقة العتق من الثلث بعد الموت
وقد كانا ضمنا ما اتلفاه معجلا وما زاد على ذلك كان مؤجلا قال
فيضمنان ذلك عند تحقق الاتلاف وذلك بعد الموت فان لم يكن له
مال غيره عتق ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته ويضمن الشاهدان ثلث
القيمة اذا جعل العبد الثلثين فان بدل ما زاد على الثلث قد سلم
للورثة من جهة العبد فاتلاف الشاهدين لذلك حصل بعوض فلا

فلا يضمنانه فاما مقدار الثلث اتلفاه على الورثة بغير عوض فيضمنان ثلثه قيمته مدبرا ولا يرجعان بذلك الثلث على العبد لان رجوعهما غير مقبول في حق العبد لما قدمنا واذا لم يحصل العبد الثلثين من القيمة وعجز عنها فللورثة ان يرجعوا به على الشاهدين لانهما ايضا حالا بين الورثة وبين ذلك القدر من ماليته بشهادتهما والعوض في ذمة المفلس بادى فكانهما قد اتلفا ذلك بغير عوض فيضمنان للورثة كما كالثلث ويرجع الشاهدان بذلك القدر على العبد لانهما قاما مقام الورثة حين ضمنا ذلك وقد كان للورثة حق الرجوع على العبد بذلك فكذلك لمن قام مقامه بخلاف ثلثه القيمة **فرق** بين الكتابة والتدبير والرهن والمضاربة فانه اذا كان على رجل الف درهم وهو مقر بها وفي يد الطالب ثوب يساوي ماية درهم فادعى انه له فاقام المطلوب شاهدين انه رهنه بالمال وقضي به ثم هلك الثوب فذهب بماية درهم ثم رجعا ضمنا مائة درهم للطالب لان القول قوله في الثبوت انه ملكه باعتبار يده فيهما اتلفا عليه ملك الثوب بشهادتهما انه للمطلوب فيضمنان له عند الرجوع والله الهادي **فان قيل** كيف يضمنان ولم يخرج الثوب من يده حتى هلك فكيف ذلك **قلنا** عين الرهن امانة في يد المرتهن ويده في ذلك كيد الراهن وقد اثبتا بشهادتهما يد الاستيفا للمرتهن في مقدار المالية وقد تم ذلك بهلاك الرهن فكانهما شهدا على انه استوفى ماية ثم رجعا وان كان قيمة الرهن مثل الدين فلا ضمان عليهما لانهما شهدا بثبوت يد الاستيفا للمرتهن ولو شهدا على المطلوب بحقيقة ايفا الدين بمال في يده وهو مثل الدين لم يضمنا عند الرجوع فكذلك اذا شهدا بثبوت يد الاستيفا للمرتهن في ماله وان كان في قيمته فضل على الدين لم يضمنا ايضا ما دام العبد حيا لانه باق على ملك المطلوب وهو يتمكن من اخذه بقضا الدين وهو مقر بالدين فاذا مات في يد المرتهن ضمنا الفضل لانهما اتلفا الفضل عليه بغير عوض حين اثبتا حق الحبس فيه للمرتهن ولم يسقط شيء من الدين عنه باعتباره ولو كان ذو اليد مقرا بالثوب للراهن وادعى انه وديعة في يده وقال المطلوب هو رهن عندك واقام شاهدين يقضي بذلك ثم رجعا فلا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا على ذي اليد عين الثوب فانه لا يدعي ملكه لنفسه وقد كان متمكنا من رده على الراهن بعد قضى القاضي فالرهن لا يكون لازما في جانب المرتهن فيجعل امساكه للثوب بعد القضا بانه رهن عنده رضي بما شهدا عليه فلا يضمنان له عند الرجوع بخلاف الكتابة والتدبير لانه لازم من الجانبين كالبيع وبخلاف الاول فانهما اتلفا عليه ملك الثوب

الثبوت في الرهن لازم في جانب الراهن كالكتابة والتدبير حتى لو شهدا برهن هالك في يده يكون هذا بمنزلة شهادتهما عليه باستيفا الدين لان الاستيفا يتم بهلاك الرهن فيكونان متلفين للمال عليه فيضمنان له ذلك عند الرجوع واما المضاربة اذا عمل المضارب في المال وربح فادعى انه اخذه مضاربة بالنصف وشهد له شاهدان ورب المال يقول بالثلث فاخذ المضارب نصف الربح ثم رجع الشاهد ان ضمنا السدس الذي شهدا به لان القول هو قول رب المال لولا شهادتهما فيما زاد على الثلث الى النصف انما استحق بشهادتهما ولو كان الربح كله دينا لم يضمنا شيئا حتى يقبض لان وجوب الضمان عليهما بتفويت اليد عن رب المال ولا يتحقق ذلك ما لم يخرج الدين ويصل الى المضارب حصته فعند ذلك يتم التفويت بشهادتهما لم ولو شهدا انه اعطاه بالثلث فلا ضمان عليهما اذا رجعا لان القول قول رب المال بغير شهود فلم يتلفا على المضارب شيئا بشهادتهما اذ الاستحقاق لم يثبت له بمجرد دعواه النصف بخلاف الاول لان رب المال يستحق الربح من حيث انه نما ماله نفذ الفاعليه ما يستحقه لم لولا شهادتهما ولا يضمنان لرب المال شيئا مما ربح بعد شهادتهما لان المضاربة غير لازمة تتمكن كل واحد منهما من انفسخ فالامتناع من الفسخ رضي بما شهدا به وكذا هذا في شركة العنان اذا اختلفا في شرط الربح وشهدا ثم رجعا ضمنا الربح الحاصل قبل الشهادة دون ما يحصل بعدها بخلاف العقود اللازمة لما ذكرنا ولو شهد شاهد ان على رجل انه اشترى عبد فلان بالفين الى سنة وقيمته الف وانكر ذلك البايع وادعى المشتري فقضى القاضي ثم رجعا عن شهادتهما كان البايع بالخيار ان شا رجع على الشاهدان بقيمته الفا حالة وان شا رجع المشتري بالفين الى سنة لما قلنا في الكتابة رجع على المشتري انقطع الشغل وان رجع على الشاهدين فلهما ان يرجعا على المشتري بالفين الى سنة لانهما قاما مقام المولى في مطالبة المشتري بالثمن ويتصدقان بالفضل لما قلنا فان قبض احدهما حصته من المشتري لم يكن للاخر ان يشاركه فيه لما قلنا في الكتابة فان اخذ المولى القيمة من الشاهدين واخذ الشاهدان من المشتري الثمن ثم وجد المشتري بالعبد عيبا فرده بقضا فالعبد للبايع ويرد القيمة ويرد الشاهدان على المشتري الثمن لان الشاهدين لما ملكا العبد من جهة البايع بالضمان لان العبد زائل عن ملكه وقت تضمينهما لكن

يملكان الثمن الذي كان للبايع ويقومان مقام البايع وذلك في استيفاء الثمن
من الثمن من المشتري فاذا ارد العبد بالقضا وانه فسخ من كل وجه في حق
الكل عاد الى البايع قديم ملكه وزال سبب الضمان وهو ازالتهما اليد عن عبده
بغير عوض يحصل للبايع في الحال للبايع في الحال فكان على البايع ان يرد
القيمة على الشاهدين وعلى الشاهدين ان يردا الثمن على المشتري وان قبله
بغير قضا سلمت القيمة للبايع ويسلم الثمن للشاهدين وغرم البايع الثمن
للمشتري اما سلامة القيمة للبايع والثمن للشاهدين فلان الرد بالعيب بعد
القبض بغير قضا بيع جديد في حق الثالث والشاهدان بالنسبة اليهما قضا ر
في حقهما كان البايع اشترى من المشتري ولو كان كذلك سلمت القيمة
للبايع لان سبب الضمان لم يزل وسلم الثمن للشاهدين لان قيامهما مقام
البايع في الثمن باق واما ضمان البايع الثمن للمشتري فلان الرد بغير قضا
فسخ فيما بين البايع والمشتري ردا الثمن الى هو قايم مقامه وهو الشاهد
ان فصار الدفع الدفع اليهما كالدفع الى البايع ولو دفع الثمن الى البايع ثم
تفاسخا العقد رد البايع الثمن على المشتري كذلك هنا انتهى رجلان
غصبا عبدا قيمته الف فزادت قيمته في يدهما حتى بلغت الفين
ثم غصبه منهما اخر فمات في يده فالمولى بالخيار ان شاء ضمن
الاولين الفا وان شاء الاخر الفين لانه وجد من كل واحد
منهما سبب الضمان وهو الغصب وزيادة القيمة بعد الغصب غير
مضمونة عندنا فيجبر على هذا الوجه فان ضمن الاولين الفان
حط على الاخر بالفين لانهما ملكا المغصوب من وقت الغصب
عند ادا الضمان وظهر ان الثاني غصب مالهما كان ان يضمناه
قيمة المغصوب يوم غصبه وذلك الفا درهم ويتصدقان
بالفضل والتصدق بالفضل قولهما اما عند ابي يوسف رحمه
الله تعالى فلان شرط طيب الفضل عنده الضمان وقد وجد لان
الالف راس مالهما فالزيادة حصلت بسبب خبيث وهو الغصب
فكان سبيلها التصدق فان قبض احدهما من الغاصب الثاني
شيئا كان لشريكه في الغصب ان يشاركه فيما قبض لانه لما اختار
تضمينهما فقد ملك العبد منهما فصار كانهما اشتريا العبد ثم باعاه منه
صفقة واحدة وهنا لان سبب الملك هنا واحد وهو الغصب وهذا
بدل العبد فكان مشتركا بينهما وصار كان الثاني غصب عبدا
مملوكا لهما بخلاف شاهدين الكتابة والبيع لان ثمة لم يملك لم

يملك الشاهدان العبد والمكاتب حتى يجعل كانهما باعا المكاتب من نفسه
او كاتباه كتابة واحدة وكذلك في البيع الا انهما لما غرما القيمة ملكا ه
مثل ذلك في ذمة المكاتب او بطريق القيام مقام المولى او البايع فيما على
المشتري من غير تصور عقد بينهما اما هنا ملكا المغصوب حقيقة الا ترى
انه لو عاد من الاباق يعود على ملك الغاصب وعنه يعود بالعجز الى ملك
المولى وفي البيع لو وجد به عيبا كان له ولاية الرد على البايع ويعود الى ملكه
بالرد لا الى الشاهد فاذا ثبت انهما ملكاه كان لكل واحد منهما ان يشاركه فيما
قبض والله اعلم رجلان غصبا من رجل عبدا فباعاه من رجل صفقة
واحدة بالالف درهم فضمنهما المولى القيمة نفذ بيعهما لانهما ملكاه
من وقت الغصب في حق نفاذ البيع فظهر انهما باعا عبدا مملوكا لهما بخلاف
ما اذا اعتقاه ثم ضمنا القيمة لانهما لم يملكاه في حق نفاذ العتق
وقد ذكرنا هذا فان لقي احد الغاصبين المشتري واخذ منه شيئا
من الثمن كان لصاحبه ان يشاركه فيما قبض لان الدين وجب بسبب
واحد حقيقة وحكما وهو بيع الغاصبين منه صفقة واحدة
من غير ان يبين كل واحد منهما ثمن نصيبه فكان الدين مشتركا
بينهما لانه بدل مال مشترك لما ذكرنا انهما ملكا العبد باداء الضمان
وكذلك ان لقي المولى احدهما فيمته نصف القيمة بعد بيعه
في النصف بنصف الثمن فلو لم ياخذ شيئا من الثمن حتى لقي
المالك الغاصب الاخر وضمنه نصف القيمة تم البيع في الكل كما لو
ضمنهما دفعة واحدة ولو قبض احدهما من المشتري شيئا من الثمن
كان للاخر ان يشاركه فيه لان اصل العقد كان صفقة واحدة و
سبب ملكهما كان واحدا فاذا اجتمع الجوازان والثمن دين على المشتري
صار كانه حا رجلة واحدة فكان السبب متحدا حقيقة وحكما فان قيل
وقت النفاذ متفرق قيل له نعم الا ان السبب هو البيع والبيع متحد ووجوب
الثمن يستند الى البيع لان النفاذ يستند الى البيع والاصفة لا تقوم
الموصوف فصار كما لو باع رجلان عبدا على انهما بالخيار ثلثة
ايام فاجاز احدهما البيع بعد يوم والاخر بعد يومين ثم استوفى
احدهما حصته من الثمن يشاركه الاخر وان اختلف وقت النفاذ
لما قلنا ولو ضمنا المولى احدهما نصف القيمة فقبض هو نصف الثمن من
المشتري ثم ضمن الاخر نصف القيمة لم يشركه صاحبه فيما قبض
من الثمن ويقبض نصف الثمن من المشتري لان الصفقة قد تفرقت

هنا لانه حين نفذ بيع الثاني كان نصيب كل واحد منهما ممتازا
عن نصيب الاخر لان نصيب الاول حين نفذ بيع الثاني كان عينا
ونصيب الاخر كان دينا في ذمة المشتري وللنفاذ حكم الابتدا
حتى ان ما يمنع الابتدا يمنع النفاذ ولو كان نصيب كل واحد منهما
ممتازا عن نصيب الاخر وقت العقد والبايع اثنان بان باعا عبدا
بينهما على ان نصيب احدهما خمسماية جياد ونصيب الاخر خمسماية
تفرقت الصفقة فلا تثبت الشركة بينهما في الثمن وهذا لانه حين قبض
الاول الثمن لم يكن للثاني حق قبل المشتري لعدم نفاذ بيعه فلم
يكن بيعا دينا مشتركا بينهما ولا بد لها من مشترك لانه لم يملك
العبد قبل التضمين فان وجد الاول ما قبض من الثمن ستوقة او رصاصا
كان له ان يرد على المشتري وله الخيار ان شا اتبع شريكه بنصف ما
قبض ثم يتبعان المشتري وان شا اتبع المشتري بنصف الثمن
وسلم المقبوض للقابض لانه لما وجده رصاصا او ستوقة ظهر انه
لم يستوف حقه لانه ليس من جنس من الدراهم وظهر ان حقه
لم يكن ممتازا عن حق الاخر صفقة وقت نفاذ بيع الاخر فظهر انه
كان مشتركا بينهما لان دين الاول قائم وقت قبض الثاني ولو
ولو وجد الاول ما قبض زيوفا او نبهرجة فرد على المشتري
لم يكن له على ما قبض صاحبه سبيل ولكن يرجع على المشتري
لان الاول بقبض الزيوف والنبهرجة صار قابضا حقه لكن
مع العيب لانه من جنس الدراهم فلم يتبين ان الاستيفا لم يكن الا
ان بالرد انتقض بعد صحة الاستيفا فكان نصيبه ممتازا عن نصيب
الاخر فتفرقت الصفقة وقيل هذا على قولهما اما قول ابي حنيفة رحمه
الله تعالى ينتقض قبضه بالرد بالنيافة ولهذا يبطل به الصرف والسلم
وان استبدل في المجلس لا اذا كان المردود قليلا استحسن ذلك واذا
انتقض القبض من الاصل صار هذا والستوقة سوا والصحيح ان
هذا قول الكل لانه انما ينتقض القبض بالرد من الاصل عنده بعد
الصحة وانما يظهر ذلك في حكم يحصل الانتقاض وقد ذكرنا هذا
في الايمان ولم يذكر في الاصل حكم الاستحقاق وقيل ينبغي ان
يكون حكمه حكم الستوقة والرصاص لانه لما استحقه المستحق واخذه
انتقض قبضه من الاصل وصار كان لم يكن وعلى قياس ما ذكرنا في
الايمان ينبغي ان يكون حكمه حكم الزيوف ولو كان الثاني هو الذي وجد ما

وجد ما قبضه رصاصا او ستوقة او زيوفا او نبهرجة فردها فلا شركة فيما
قبضه صاحبه لانه لما رده على المشتري صار كانه لم يقبض نصيبه ولو كان
كذلك لم يكن على القابض سبيل لانه حين نفذ بيعه كان نصيبه ممتازا عن
نصيب الاول صفقة ولان قبض الاول قد تم وانقطعت الشركة ورد
الثاني لا يكون اكثر من عدم قبضه اصلا ولو انعدم قبضه لا يشارك الاول
كذلك هذا هنا والله تعالى اعلم عبد بين رجلين باعه احدهما
جاز بيعه في نصيبه لانه باع ملكه وملك شريكه فنفذ في
نصيبه لمكان الولاية وتوقف في نصيب صاحبه لعدم الولاية
فان اجاز صاحبه نفذ البيع في كله فصار كالوكيل في نصيب
صاحبه لان الاجازة اللاحقة في نفاذ التصرف كالوكالة السابقة
ويكون ولاية قبض كل الثمن للبايع كما لو كان وكيلا بالبيع فان لم
يقبض البايع الثمن حتى اجاز صاحبه البيع اشتركا فيما يقبضانه لان
السبب متحد حقيقة وحكما وكذلك ان قبض البايع نصيبه من الثمن
قبل الاجازة فهو بمنزلة قبضه بعد الاجازة وقبض البايع الثمن
بعد الاجازة وقبلها سواء وان كان نفاذ البيع في نصيب المجيز عند الاجازة
ونصيب البايع صار ممتازا عن نصيب المجيز بصيرورته عينا واختلفا
صفقة فرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم من الغاصبين فيما تقدم
والفرق انا نعتبر تمييز نصيب احدهما من نصيب الاخر صفقة
وقت نفاذ البيع بالتمييز وقت العقد وهنا لم تميز وقت العقد بان باع
على ان يكون نصيب البايع بخمسماية حالة او جياد ونصيب الاخر بخمسماية
زيوفا او مؤجلة او نصيب البايع بماية دينار ونصيب الاخر بالف درهم
لا تتفرق الصفقة حتى يكون الثمن مشتركا بينهما لان البايع والمشتري
واحد وحال اتحاد البايع والمشتري لا تتفرق الصفقة باختلاف تسمية
الثمن ولا باختلاف صفقته لانها انما تفرقت في موضع تعدد العاقد
في احد الجانبين لاختلاف الركن في احد الجانبين ولم يوجد هنا فكذا عند الاجازة
بخلاف المسئلة الاولى ولان نفاذ البيع بالاجازة يثبت مطلقا من وقت البيع لكون
البيع سببا موضوعا له فجاز ان يجعل بمنزلة القبض بعد الاجازة حكما والغصب
ليس بسبب موضوع للملك وانما جعل سببا للملك بطريق الاستناد بطريق
الضرورة والضرورة في قدر المضمون لا في غيره فجاز ان يجعل ذلك
كالمقصر في حق النصف الاخر واذا جعل كالمقتصر في حق النصف بحق
الاختلاف في الثمن لكون بعضه عينا فتفرقت الصفقة باعتبار فان هلك

فان هلك الثمن في يد البايع بعد الاجازة كان الهلاك عليهما لان المقبوض مشترك
وهو في نصيبه اصيل في نصيب صاحبه امين فيعلم ذلك الا ترى ان من باع
عبد رجل بغير امره وقبض الثمن فهلك في يده ثم اجاز صاحبه جاز وكان
الهلاك على المالك لان الاجازة تستند الى اصل العقد فصار كانه باع باذنه والله
اعلم عبد بين رجلين غصب رجل نصيب احدهما فباع الغاصب
والمولى من رجل جاز البيع في نصيب المولى لانه باع ملك نفسه وتوقف
في نصيب المغصوب منه على اجازة لان الغاصب باع ملك
غيره فان لم يقبض المالك الثمن حتى اجاز ذلك المغصوب منه البيع
نفذ البيع واشتركا فيما يقبضان لايجاد الصفقة لانه حين نفذ البيع
بالاجازة لم يكن احد النصيبين من الثمن ممتازا من نصيب الاخر
لا تسمية ولا صفقة وباختلاف وقت النفاذ لا تتفرق الصفقة
لانه لا يختلف وقت الانعقاد فثبوت الحكم يستند الى البيع السابق
وان وقع صفقة واحدة على ما ذكرنا وان قبض المالك نصف الثمن قبل
ان يجيز المغصوب منه ثم اجازه لم يشترك صاحبه فيما قبض وان
هلك يهلك من ماله لان حين نفذ البيع في نصيب الاخر كان احد النصيبين
من الثمن ممتازا عن نصيب الاخر صفقة فتفرقت الصفقة لاختلاف
الثمن وان استند الملك في حق المجيز الى وقت البيع لكن انما يستند على
الصفقة التي وقعت مختلفة لاختلاف الثمن معنى وهذا الاختلاف في
كانه في حال العقد لان حالة التوقيف كحالة الانعقاد على
ما ذكرنا بخلاف المسئلة الاولى لان العاقد واحد وحق القبض
في الكل اليه فلا يمكن ان يجعل المقبوض لنفسه خاصة فلا
تتفرق الصفقة واستدل رحمه الله تعالى بما اذا باع الرجلان
عبدا واشترطا الخيار ثلثة ايام فاجاز البيع احدهما
قبل صاحبه وانهما يشتركان فيما قبض من الثمن لان وقت نفاذ
البيع في نصيب الاخر لم يصر نصيب احدهما في الثمن ممتازا عن
نصيب الاخر صفقة ولا تسمية وان قبض الذي جاز اولا نصف
الثمن ثم اجاز صاحبه لم يشرك صاحبه فيما قبض لانه حين
نفذ البيع في نصيب الاخر كان نصيب الاول ممتازا عن نصيب
الاخر صفقة ولو كان كذلك عند العقد تفرقت الصفقة لان البايع
اثنان فكذلك وقت النفاذ بخلاف ما اذا كان البايع واحدا الا
الا ترى ان رجلين لو باعا عبدا كل واحد اضاف الى نصيبه وبين

وبين حصته من الثمن فللمشتري ان يقبل نصيب احدهما دون الاخر
ويكون ذلك صفقتين ولو كان البايع واحدا واضاف العقد الى كل نصف وبين
حصته ولم يكرر كلمة البيع فقبل في احد النصفين لم يجز لان اول كلامه
موقوف على اخره فصار كانه تكلم بدفعة واحدة استدل على تفرق القبض
بتفرق الصفقة في المبسوط كل عرض بين رجلين غصبه رجل فاستهلكه
ثم صالح احدهما من نصيبه على دراهم او دنانير كان الشريك ان
يشاركه فيها لان الواجب بعد الاستهلاك القيمة وهي مشتركة بينهما
فانها وجبت بسبب واحد عوضا عما هو مشترك بينهما فيكون مشتركا
بينهما كما لو باعا من واحد الشريكين في الدين اذا استوفى نصيبه او بعض
نصيبه كان للاخر ان يشاركه ولو صالحه على ثوب فلشريكه ان
يرجع عليه ولكن للقابض الخيار ان شا اعطاه نصف ذلك وان شاء
اعطاه ربع جميع الدين بخلاف الاول فبذلك يلزمه ان يدفع اليه
نصف ما قبض لان ما وقع الصلح عليه هنالك من جنس القيمة دراهم
او دنانير فيكون مشتركا بينهما فكان مستوفيا لبعض حقه وذلك
المستوفي جزء مما هو مشترك بينهما فيلزمه دفع نصفه بعينه
الى شريكه وهنا الثوب ليس من جنس القيمة فكان هو بالصلح مباشرا
سبب الملك لنفسه في الثوب بنصيبه من الدين فيكون بمنزلة
ما لو اشترى بنصيبه ثوبا الان في الشرى حق الشريك قبله
يتعين في نصف نصيبه من القيمة لان مبنى الشرى على الاستقصا
وفي الصلح يتخير الصلح لان مبنى الصلح على التجوز بدون الحق ممتن
جهته ان يقول انا وصلت الى حقي لانى تجوزت بدونه لتجوزا نت بمثل
ذلك ان اردت مشاركتي فيعطيه نصف الثوب بهذه الحجة ان شاء
وان شاء امسك الثوب لانه هو المباشر لسبب الملك فيه وهو المعاوضة
واعطى صاحبه ربع الدين كما في الشرى وان كان المغصوب قائما
بعينه او معينا فصالحه احدهما من نصيبه على دراهم او شيء مما
يكال او يوزن وقبضه ثم ظهر المغصوب لم يشاركه شريكه في ذلك
لان حقهما كان في العين فالمصالح يصير مملكا نصيبه من العين
بما استوفى فكانه باع نصيبه فالدراهم واحد الشريكين اذا باع
نصيبه لم يكن للاخر ان يشاركه في الثمن فكذلك اذا صالح ولكن الاخر
على حقه وخصومته في نصيبه سوا كان الغاصب مقرا ومنكرا لانه بالاقدام
على الصلح مع احدهما لم يصر مقرا بالملك للمصالح فاجرى ان لا يكون مقرا

بالملك للاخر بخلاف البيع ولو غصب رجل من رجلين طعاما بينهما وغيبه
عنهما ثم صالح احدهما على دراهم او شئ من الموزون او المكيل سوا الطعام وقبضه
كان لشريكه ان يشاركه فيه لان الطعام المغيب في حكم المستهلك لان
المستهلك ما لا يتوصل الى عينه لترد والمستهلك من الطعام مضمون بالمثل
وذلك المثل دين لهما في ذمة الغاصب وقد بينا في الدين المشترك
اذا اقتضى احدهما نصيبه او اخذ عوضا عن حصته كان للاخر ان
يشاركه فيه وان كان المغصوب ظاهرا في يد الغاصب وهو
يجحده او يقر به لهما لم يشركه الاخر فيما قبض بالصلح اما اذا
كان مقرا فلان المصالح بايع نصيبه من العين فلا يشرك الاخر
في ثمنه وكذلك اذا كان منكرا لان الصلح على الانكار مبني على زعم
المدعي وعنده انه بايع لنصيبه من العين وشريكه يصدقه في ذلك
وان كان جاحدا ذلك الحال فتصادقهما حجة في حقهما فلهذا لا
يشاركه فيما قبض لكنه على حجته مع الغاصب ولو ان رجلين
ادعيا في دار دعوى ميراثا من ابيهما فصالح ربا الدار احدهما على مال
لم يشركه الاخر فيه ان كان الصالح مقرا او منكرا لانهما يتصادقان على
ان المدعي ملكهما وان المصالح باع لنصيبه وتصادقهما حجة في حقهما
والله تعالى اعلم كتاب الوصايا باب
ما يكون خصما من صاحب الوصية والغريم والورثة وما لا يكون اصل الباب
ما ذكرنا غير مرة ان البينة متى قامت على الغايب للقضا
بها لا تقبل الا اذا كان عنه خصم حاضر اما قصدا كالوكيل او
حكما بان كان ما يدعى على الغايب سببا لثبوت ما يدعى على الحاضر و
بين الحاضر والغايب اتصال سبب يقع الامتياز بذلك السبب
بينه وبين الغايب من بين ساير الناس فينتصب ثم
خصما على الغايب احياء لحقوق الناس قال والخصم من ينازعه
فيما يدعي من الملك وغيره والوارث ينتصب خصما فيما يدعى
على الميت عينا في التركة او دينا عليه او وصية من
جهته لانه خلفه قام مقامه ويدعي الشركة فيما في يده
وكذا الموصى له بجزء شايع في دعوى عين التركة لانه
شريك الورثة لانه حقه في عين التركة كحق الوارث و
يزداد حقه ايضا بزيادة التركة وينقص بنقصانها و
ولا تعدم تنفيذ الوصية له على تسليم الميراث الى الوارث

الى الوارث والمعنى فيه ان استحقاقه ثبت بمثل ما ثبت به لولا استحقاق
الوارث وهو التسهيم الشايع المذكور من علل الايجاب له فالميراث
للورثة ثبت بكتاب الله تعالى وذلك بذكر السهام كالسدس والربع
وغيره فالوصية بالسدس والثلث تكون مثل ذلك ولان الايجاب في الابتدا
كان الى الموصي للاجانب والاقارب جميعا ثم بين الله تعالى نصيب الاقارب
في اية المواريث فبقي الايجاب للاجانب في محل الوصية على ما كان للموصي وهو
بهذا الايجاب جعل الموصى له خليفة لقصد فيما سمي له كما ان الوارث
خليفة شرعا الا يرى ان الوصية بثلث المال صحيح ممن لا مال له في
الحال فعرفنا انه اثبات الخلافة ثم ملك المال من ثمرات
ملك الخلافة ولهذا كان وجوبها بالموت بمنزلة الوراثة بخلاف
رب الدين لانه ما قام مقامه فلا يكون خصما لا في عين التركة ولا في
الدين سوا قبض الدين اولا لانه ليس بخلف وحقه في ابدال التركة
وما لبنها لا في اعيانها وحقه مقدم على حق الورثة فلا يكون شريكا
لهم ولهذا قلنا ان الدين القليل لا يمنع الارث لانه لو منع صار ذلك القدر
مشغولا بحقه شريكا للورثة في العين ولا حق له في العين ولهذا لو هلك
التركة يقضي جميع دينه مما بقي ويقدم على الورثة ولو كان للميت مال
حاضر وغايب يقضي دينه من المال الحاضر بخلاف الموصى له ولهذا لم
كان للوارث ان يستخلص التركة ويقضي دينه من ماله بخلاف الموصى
له والموصى له بمال مرسل بمنزلة الغرايم لانه استحق عند الموت ما لا
مسمى فيكون بمنزلة الغريم ولهذا يقدم هذا في محله على حق الوارث
الا يرى انه لو كان له اموال اخر لم يكن للموصى له شئ من ذلك ولو اوصى له
بالف مرسلة فهلكت الدراهم قبل موت الموصي او بعده بطلت الوصية
ولا بد من قيام ملك الموصي فيها يوم الوصية لتصح الوصية فثبت انه
يستحق العين بهذا الايجاب فلا يكون بينه وبين الورثة بشركة بل
حقه مقدم في العين الذي ثبت استحقاقه فيه فيكون خصما لمن يدعي
التركة في العين ولا يصلح خصما للغريم والغريم لا يصلح خصما لاحد انتهى
وحاصله انه من تحققت بينه وبين المدعي منازعة في دعوى
حق لنفسه كان خصما والا فلا وحرف اخر ان القاضي متى
علم بوصول شئ من يد غايب الى حاضر او ثبت ذلك عنده بالبينة
او باقرار المدعي اخرجه من ان يكون خصما واذا لم يعلم بذلك القلب
في ولم يثبت ذلك عنده بحجة يجعل ذو اليد خصما وقد ذكرنا

ذلك بحاله في الدعوى اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله تعالى امين اذا
توفي الرجل وخلف ابنا لا وارث له غيره وترك ثلثة الاف درهم واقام
رجل البينة على الابن ان الميت اوصى له بثلث ماله فان القاضي يقضي له بثلث
المال لانه اقام البينة على الخصم على ما ذكرنا ولان الثابت بالبينة العادلة
على الخصم كالثابت عيانا ولو عاينا ذلك يقضى له بالثلث فكذا اذا ثبت
بالبينة العادلة فلو قضي له وقسم ودفع الالف اليه وغاب الوارث فجا رجل
واقام البينة على الموصى له ان الميت اوصى له بثلث ماله تقبل بينته ثم يجعل الموصى
له خصما له ويقضى عليه للثاني بنصف ما قبض لان الموصى له الثاني يدعي
نصف الثلث الذي في يد الاول لنفسه بسبب يدعي على الميت وهو الوصية
فينتصب الحاضر خصما عن الغايب كمن ادعى عينا في يد انسان انه لو اشتراه
من فلان الغايب وذو اليد يجحد ويقول العين ملكي وهذا لان
يعتبر الخصم ان يدعي ما في يده لنفسه والذي في يده منكر وهو
يدعيه لنفسه والموصى له بالثلث ثانيا في حق الموصى له الاول
بهذه الصفة الا يرى ان شريك الوارث في التركة ولو كان
الوارث حاضرا واقام البينة تقبل فكذا الموصى له ولو قضي بذلك
ولم يكن عند الموصى له شيء وذلك بان هلك الثلث في يده او انه هو
الذي استهلكه بنفسه وهو معسر وحضر الوارث لم يكلف
الموصى له الثاني اقامة البينة لان الميت صار مقضيا عليه
باقامة البينة على الموصى له الاول لانه يدعي الحق قبل الميت
فصار كل من يدعي التلقي منه مقضيا عليه ضرورة الا يرى
انه لو اقام البينة على الوارث صار الموصى له الاول مقضيا عليه
ويقضى على الوارث بجنس ما في يده لان الموصى له بالثلث شريك في
التركة كاحد الورثة لما ذكرنا والموصى له الثاني يقول للوارث
انا شريك لك والموصى له الاول في التركة وحقي في سهم وحق الاول
في سهم وحقك في اربعة والاول اخذ سهمين فقد اخذ سهما زائدا بغير حق
وقد توى عنده بالهلاك والاستهلاك وهو معسر لا يمكن الرجوع عليه والمال
المشترك اذا توى منه شيء يكون التوى على الشركة فيكون التوى علينا
على قدر حقنا والباقي بيننا وقد كان حقنا اخماسا لان حقي في سهم وحقك
في اربعة فيقسم ما في يد الوارث بينهما اخماسا والباقي في يد الوارث
اربعة وقسمة اربعة على خمسة لا يستقيم فيضرب مخرج الكسر وذلك

وذلك خمسة في اصل الفريضة وذلك ثلثة فيصير خمسة عشر وقد اخذ
الموصى له الاول الثلث وذلك خمسة وبقي في يد الوارث من ذلك عشرة
فتقسم بينه وبين الموصى له الثاني اخماسا اربعة اخماسه وذلك ثمانية
للوارث وذلك الف وستماية والخمس وذلك سهمان للموصى له الثاني وذلك اربع
مائة ثم يرجع الوارث والموصى له الثاني على الموصى له الاول اذا ايسر
بسهمين ونصف وذلك خمس ماية لانه اخذ هذا القدر بغير حق فاذا
اخذ ذلك منه يقتسمان على قدر حقهما اخماسا نصيب سهم للموصى له
الثاني وذلك ماية وقد كان اخذ سهمين من الابن وذلك اربع ماية
فجملة ما حصل له خمس ماية واربعة اخماسه للابن وذلك سهمان وكل
اربع ماية وقد كان بقي في يده ثمانية اسهم وذلك الف وستماية فجملة
ما حصل له الفان وبقي في يد الموصى له سهمان ونصف وذلك خمسماية
فاستقام الثلث والثلثان وان اردت ازالة الكسر فاضرب اصل
المسئلة وذلك خمسة عشر في مخرج النصف وذلك اثنان فيصير
ثلثين فاستقام وسواء خاصم الموصى له الثاني الموصى له الاول الى القاضي
الذي قضى بالثلث الاول او الى قاض اخر لانه يدعي الشركة فيما في يده
وهو خصم باعتبار يده واستحقاقه ظاهرا فكذلك لو كان الموصى له الاول
هو الذي غاب واقام الثاني البينة على الوارث فالوارث خصم فاذا
قضي عليه يكون قضى على الموصى له الاول لان الاول يدعي تلقي
الملك من جهة الميت كالوارث فكان القضاء على الميت قضى عليه
كالوارث هذا اذا قضى القاضي للاول بالثلث ودفع اليه فلو انه قضى
بوصيته ولم يدفع اليه حتى غاب الوارث ثم اقام الموصى له الثاني
البينة على الاول بالوصية ينظر ان اقام البينة عند القاضي
الذي قضى عليه بالثلث الاول فهذا والاول سواء لان القاضي علم
كون الاول خصما لانه يدعي الشركة فيما يستحقه من الميت
والقاضي علم ان الثلث ملك الموصى له الاول وفي يد الوارث
امانة ويد الامين كيد المالك ولو كان في يده حقيقة تسمع بينة
الثاني عليه فكذا اذا كان في يده حكما وان اقامها عند قاضي
اخر لم يكن الاول خصما له ولا تقبل بينته لان الثاني يدعي
نصف الثلث لنفسه من جهة الميت ولا يدعي عينا في يده ولا دينا
في ذمته وهذا القاضي لم يعرف كون الثلث في يد الاول لا من
حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لو ثبتنا انما يثبت باقرار الاول ان الميت

اوصى له بالثلث وان الثلث عند الوارث امانة الا انه لا يصير خصما ههنا
لانه يريد ان يجعل نفسه خصما عن الميت ومن الجائز انهما تواضعا على ذلك
ليصير الميت مقضيا عليه فيصير الوارث مقضيا عليه فيكون اقرارا
على الغير فلا يصدق كما لو ادعى على غايب حقا على رجل اقر انه وكيل
الغايب بالخصومة في ذلك والقاضي لا يعرف كونه وكيلا لا يجعله خصما ولا
يقبل البينة عليه كذا هذا وكذا لو ادعى عقارا على رجل واقر المدعى عليه انها
في يده لا تسمع دعواه ولا تقبل ايضا البينة بخلاف المنقول وبخلاف
المسئلة الاولى لانه يدعي عينا بيده ان كان قائما وان كان هالكا فيدعي في
ذمته الدين فانتصب خصما ولو كان الموصى له الاول هو الغائب والوارث
حاضرا واقام البينة عليه يقضي عليه وعلى ساير الورثة وعلى الموصى لهم
لانتصابه خصما عن الميت من كل وجه والقاضي علم بكونه وارثا فيجعل خصما
ولانه يدعي بعض ما في يده وهو يدفع عن نفسه فكان خصما حقيقة ولو انه
قضى بالثلث للاول ودفع اليه واقام الثاني البينة على وصيته وجحد الاول
ان يكون الميت اوصى له بشيء وان يكون اخذ من ماله شيئا وادعى ان المال
الذي في يده ماله ورثه عن ابيه او وديعة عنده اودعه رجل اخر سوى
الميت كان خصما وتقبل بينته عليه ويقضى عليه وعلى الورثة لانه يدعي
بعض ما في يده لنفسه وذو اليد زعم انه ملكه او وديعة في يده من غير
ان يدعي المدعي تلقي الملك منه فكان خصما لكل مدع مطلقا سوا ادعى الملك
مطلقا او ادعاه بسبب من غيره الا ترى انه لو ادعى المشترى عليه من
قبل الغير كان خصما وكذا اذا ادعى الوراثة فكان خصما للمدعي سوا كانت
الخصومة عند القاضي الاول او عند قاض اخر ما لم يقم البينة
على الايداع لانه انتصب خصما بيده وان اقام الاول البينة
على كونه مودعا هل تسمع بينته وتندفع الخصومة عنه
ام لا لم يكن في الكتاب وذكر الشيخ ابو بكر البلخي رحمه الله تعالى
في شرح الجامع انه يجب ان لا يندفع وقاسها على مسئلة
دعوى الشرى وهي ان من ادعى عبدا في يد انسان انه لو
اشتراه من فلان الغايب وهو يملكه وذو اليد ادعى ان رجلا
اودعه سوى الغايب الذي يدعي المدعي الشرى منه واقام
البينة على ذلك فانه لا تندفع الخصومة نص عليه في
الكتاب اي كتاب الدعوى من هذا الكتاب بخلاف ما لو ادعى
المدعي ملكا مطلقا وظاهر ما اطلق محمد رحمه الله تعالى في الكتاب ههنا

هنا ان الموصى له الاول خصما للموصى له الاخر مطلقا بلا تفصيل اخر ودليل على
انه تقبل البينة ولو ادعى الاول ان المال وديعة في يده او غصب الميت
فلا خصومة بينهما حتى يحضر الوارث لان الثاني ادعى بعض ما في يد الاول
من جهة الميت والاول ادعى تلقي الملك من الذي يدعي الثاني التلقي
منه فقد تصادقا انما وقع فيه الدعوى وصل اليه من جهة الغايب
على وجه لا يكون هو خصما لان المودع او الغاصب لا ينتصب خصما لمن
يدعي الملك المطلق او تلقي الملك كما لو ادعى عبدا في يد رجل انه عبده
اشتراه من فلان الغايب وذو اليد يدعي انه وصل اليه من جهة الغايب
تندفع الخصومة من بينته الا اذا قال المدعي اشتريتها منه وامرني
بالقبض منك فانه لا تندفع الخصومة عنه لانه اقام نفسه مقام
الغايب فصارت حضرته كحضرة الغايب ولو قدم الوارث في
هذا كله الى القاضي الاول او الى قاض اخر جعله خصما لانه قائم مقام المورث
من كل وجه على ما ذكرنا والله تعالى اعلم رجل مات وخلف وارثا وترك مالا
فاقام رجل البينة ان له على الميت الف درهم دين فقضى القاضي على الوارث
فاقام رجل البينة على الغريم ان له على الميت الف درهم دين لا تقبل بينته
حتى يحضر الوارث فرق بين الغريم والموصى له بالثلث فان
الموصى بالثلث ينتصب خصما للموصى له بالثلث والفرق
ان الموصى له بالثلث يستحق عين التركة كالوارث حتى لو اراد
الوارث ان يعطي له الثلث من مال نفسه لا يكون له ذلك الا برضا الموصى
له وان كان يستحق عين التركة فالموصى له الثاني ادعى بعض ما في يد
الاول لنفسه من جهة الميت فانتصب ذو اليد خصما له لقيام
يده ودعوى الملك فيه لنفسه اما الغريم لا يستحق عين التركة ولهذا
كان للوارث ان يعطي حقه من مال اخر رضي الغريم بذلك او
لم يرض واذا لم يستحق عين التركة فبدعوى الدين على الميت
لا يصير مدعيا بعض ما في يده لنفسه حتى ينتصب خصما لقيام
يده وانما يدعي الدين على الميت وفي دعوى الدين على الميت فان
الخصم من يخلف الميت مطلقا تصرفاه ملكا وهو الوارث او تصرفا
وهو الوصي ولهذا لو شهد شاهدان رجلين ان لهما على الميت الف
درهم دين ثم شهد المشهود لهما لهذين الشاهدين على الميت بدين
الف درهم جازت شهادة الفريقين في ظاهر الرواية لان الدين
يجب في ذمة الميت لا في المال فكان حق كل فريق ممتازا عن حق

الغريم الاخر فتقبل كما لو شهدوا على هذا الوجه في حالة الحيوة ولهذا لو تبرع
اجنبي بقضاء دين احدهما لا يكون للاخر حق المشاركة ولو شهد شاهدان
لرجلين بالوصية بثلث المال وشهد الموصى لهما بالاولين بالوصية
بثلث المال لا تقبل لان كل فريق اثبت الحق المشهود له في المال والمال مشترك
بينهم ولهذا لو قبض احد الفريقين شيئا كان للفريق الاخر حق المشاركة فكان
كل فريق مثبتا حق المشاركة لنفسه فيما شهد به فان قيل الغريم الثاني
ايضا ادعى حق المشاركة فيما في يد الغريم الاول كما ان الموصى له الثاني يدعي
بعض ما في يد الموصى له الاول وهذا لان الدين بعد الموت يتعلق بعين
التركة حتى يبقى ببقائها ويبطل بهلاكها ولو قبض الغريم حقه ثم
ظهر غريم اخر كان للثاني ان يشاركه فيما قبض وذلك كالموصى له ولهذا
قال ابو يوسف رحمه الله تعالى في مسئلة الشاهدين لا تقبل شهادتهم
وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى كيف ذلك قيل له دعوى
ليس يدعي بعض عين ما في يد الاول لانه لا يستحق عين ما في يده الا ترى
ان دينه لو كان مثل غاظا هرا واراد ان يشارك الاول كان للاول
ان يمنع منه ما قبض ويعطيه من مال اخر فلا يكون هو يدعي المشاركة
مدعيا بعض ما في يد لنفسه حتى ينتصب خصما له لقيام يده عليه
لو انتصب خصما انما ينتصب لانه قائم مقام الميت اما قصدا او حكما
ولو وجد واحد منهما وهذا لان الدين محل محل الذمة والاستيفا من
ثمراته فانما يثبت له الشركة فيما في يده اذا اثبت انه كان له في
ذمة الميت دين حتى يتحول بموته الى التركة ولا يثبت الدين
في ذمته الا بحضرة الوارث او الوصي واذا لم يثبت الدين لم
يثبت الشركة فيما في يده بخلاف الموصى له لانه يدعي عينا في يده
او دينا في ذمة الميت الا ترى ان الوصية بهلاك المال والذي
لا يبطل ولو كان الوارث هو الحاضر يقبل بينته عليه وقضى بالدين
لان الوارث ينتصب خصما عن الميت فيما يدعى له وعليه بمنزلة
وصي الميت ولانه يدعي عينا في يده او دينا في ذمته فانتصب
خصما ويؤمر بقضاء الدين مما في يده وذلك لتقدم الدين على الميراث
فلو يوى جميع ما في يد الوارث وهو مفلس وحضر الغريم الاول
اخذ الغريم الثاني منه بعض ما قبض وذلك بقدر حقه
وذلك كما لو كان حاضرا في الابتداء وتبعان الوارث بما بقي
لهما لان الثابت معاينته وقد قدمنا ذلك مرارا ولو علم القاضي

القاضي بدينهما وقد قبض الاول الفا فان القاضي يشرك الثاني مع
الاول فيما قبض ثم يتبعان الثاني وهو الوارث بما بقي لهما كذلك هنا
وهذا لان التركة هلكت مضمونة على الوارث ولو قضى الوصي دينا كان على
الميت بشهود فلا ضمان عليه اي فلا ضمان على الوصي وان كان قضى
ذلك الدين بغير امر القاضي لانه ما دون بقضاء دينه فان ظهر على
الميت دين بعد ذلك ان دفع الى الاول بقضاء فلا ضمان عليه
لان امر القاضي نافذ عليه فصار كالمكره ولكن يتبع الثاني الاول
بحصته لانه قبض مالا مشتركا بينه وبين غيره فلا يصح اقتضاؤه
في نصيبه فيرجع عليه وان قضى بغير امر القاضي فالثاني
بالخيار ان شاء اتبع الغريم الاول واخذ منه حصته وان شاء اخذ من
الوصي لانه ظهر ان الاول قد اخذ حصته فيرجع عليه والوصي دفع مالا مشتركا
الى احدهما وابطل حق الثاني فيه فصار ضامنا لنفسه لنصيبه هذا
اذا كانا غريمين ولو كان الاول موصى له بالثلث يقضى له وقبض الثلث
وبما الوارث فاقام رجل البينة على الموصى له ان له على الميت الف درهم لا
يكون الموصى له خصما له ولا يقبل بينته عليه كما لو كان الاول غريما لانه
لا يدعي بعض ما في يده وانما يدعي دينا على الميت والموصى له ليس
بخلف عن الميت ايضا في اثبات الدين عليه فلا ينتصب ولا
تتوجه عليه الخصومة وان كان الثلث في يده لانه لا يدعي بعض عين
ما في يده حتى ينتصب خصما لقيام يده عليه وكذلك لو كان الاول غريما
والثاني موصى له لم يكن الغريم خصما لانه لا يدعي بعض ما في يد الغريم
لنفسه وان كان حق الموصى له بالثلث في عين التركة لكن الدين مقدم
على امر الوصية فهو لا يدعي بعض ما في يده ولا هو خلف عن الميت ايضا
ولو كان الحاضر هو الوارث في هذا كله قضى عليه وكان هذا
قضاء على الموصى له الغائب لان الوارث ينتصب خصما فيما يدعى على
الميت باعتبار معنى الخلافة ولا يحتاج فيه الى التركة
والتمكن من الاستيفاء الا ترى انه لو ادعى على الورثة دينا
على الميت واقر انه مات مفلسا وليس في ايديهم شيء واقام البينة
تقبل بينته وله ان يحلف الورثة على العلم لان الحاجة الى الاثبات
دون الاستيفاء ولو قضى الوصي دينا كان على الميت
بشهود فلا ضمان عليه وان كان الوصي قضى ذلك الدين بغير امر
القاضي لانه ما دون بقضاء دينه فان ظهر على الميت دين بعد ذلك ان دفع الى بقضاء

فلا ضمان عليه لان امر القاضي فاخذ عليه فصار كالمكره ولكن يتبع الثاني الاول
بحصته لانه قبض مالا مشتركا بينه وبين غيره فلا يصح اقتضاؤه
في نصيبه فيرجع عليه وان قضى بغير امر القاضي فالثاني بالخيار ان
شاء اتبع الغريم الاول واخذ منه حصته فان شاء اخذ من الوصي لانه
ظهر ان الاول اخذ حصته فيرجع عليه والوصي دفع مالا مشتركا الى احدهما
وابطل حق الثاني فيه فصار ضامنا لنصيبه وحكى الفقيه ابو الليث
عن الفقيه ابي جعفر رحمهما الله تعالى انه تسمع البينة قبل ظهور المال
ولا يستحلف الورثة الا عند ظهور المال وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى
لان الحاجة ماسة الى سماع البينة لان الشهود ربما غابوا او ماتوا فمست
الحاجة الى قبولها صيانة لحق المدعي بخلاف الحلف لانه يمكنه تحليفه عند ظهور
المال فلا حاجة اليه في الحال ولو اقام الاول البينة ان الميت اوصى له بهذه الجارية
بعينها وهي ثلث ماله فقضى له بها وقبضها وغاب الوارث واقام اخر
البينة ان الميت اوصى له بتلك الجارية فان الاول ينتصب خصما للثاني
وكذلك ان اقام الثاني البينة انه رجع ان الوصية الاولى واوصى له بها تقبل
بينته لانه يدعي عين ما في يده من جهة الميت غير انهم ان شهدوا بالوصية دون
الرجوع يقضى له بنصفها لانه يدعي استحقاق بعض ما في يده وان شهدوا بالرجوع
فانه يقضى له بكلها لانه يدعي استحقاق جميع ما في يده فينتصب خصما له بظاهر
اليد ويكون القضا عليه قضاءً على الوارث لان الوارث تلقى الملك من جهة
الميت وقد صار الميت مقضيا عليه بهذه البينة وكل من تلقى الملك من جهته
يصير مقضيا عليه ضرورة ولو كان الحاضر هو الوارث وقد غاب الموصى له لا خصومة
بين الثاني والوارث سواء خاصمه الى القاضي الاول او الى قاض اخر غيره لا يدعي عين
ما في يده فقط لا حقيقة ولا حكما لانها ليست في يده لا حقيقة ولا حكما
ولا يدعي دينا في ذمته وهو ليس بخصم عن الموصى له الاول ولا تقبل بينته
فان قيل ان لم ينتصب خصما لقيام اليد يجب ان ينتصب خصما لقيامه مقام
الميت لان الوارث يقوم مقام الميت فيما يدعى على الميت الا ترى انه
ينتصب خصما لمدعي الدين وان كان لا يدعي شيئا في يد الوارث قيل له
الوارث يقوم مقام الميت فيما يدعى على الميت باعتبار الميراث والجارية
خرجت عن التركة لما قبضها الموصى له الاول وصار الميت مقضيا
عليه والوارث ليس بخصم عن الموصى له الاول والدعوى والقضاء وقع
عليه حقيقة الا ترى انها لو ازدادت زيادة متصلة او منفصلة كانت تلك
الزيادة حادثة على ملك الموصى له واذا خرجت الجارية عن ملك الميت

الميت حقيقة وحكما لم يكن الوارث خصما للمدعي بخلاف ما لو ادعى الدين لانه
يثبت الدين في ذمة الميت ليأخذ لو ظهر للميت مال وما يدخل تحت القضاء غير
خارج عن ملك الميت لا حقيقة ولا حكما وليس فيه ابطال الحق الغير بخلاف
بالثلث مرسلا لان الموصى له بالثلث شريك الوارث في جميع التركة فكان
الثاني مدعيا بعض ما في يده فانتصب خصما الا يرى انه لو هلك ما في يد الاول
كان الثاني مدعيا بعض ما في يده فانتصب خصما الا يرى انه لو هلك ما في يد الاول
كان للثاني ان يأخذ ثلث ما في يد الوارث بخلاف الجارية وذكر شيخ الاسلام
علي الاسبيجابي رحمة الله تعالى ان قدم الثاني الوارث الى القاضي الاول لم يجعله
خصما لانه عرف انه ليس بمستحق ظاهر وليس في يده ايضا وان قدمه الى قاض
اخر جعله خصما باعتبار الخلافة عن الميت ولم يعرف خروجه عن الخلافة
بالعارض الذي اسنه الاول فجعله خصما وقضى عليه بالوصية بها وصار ذلك
قضاء على الموصى له وسواء شهد شهود الثاني على الوارث بالرجوع عن الوصية
الاولى او لم يشهدوا لانه لا يستقيم ان يكون خصما عن الميت في حق اثبات
الرجوع لان دعوى الرجوع يتوجه على الموصى له الاول لا على الميت وهو ليس بخصم
عن الميت هذا اذا قضى القاضي للاول ودفع الجارية اليه ولو انه قضى له بها
ولم يدفعها اليه حتى حضر الاخر فخاصم الوارث الى القاضي الذي قضى للاول
لا ينتصب الوارث خصما له ولا تقبل بينته عليه لانه عرف ان الجارية ملك
الموصى له الاول وانها امانة في يد الوارث بمنزلة المودع والقاضي متى
عرف كون ذي اليد مودعا لا يجعله خصما للمدعي وهذه المسألة تؤكد ما
قلنا بخلاف ما قاله الاسبيجابي رحمه الله تعالى وان خاصمه الى
قاض اخر وهو خصم ويقضي عليه لانه ادعى عينا في يده وهو يزعم انه
لغيره والقاضي لا يعلم به فلا تندفع عنه الخصومة بمجرد قوله واذا
قضى عليه كان قضاء على الموصى له الاول لان الموصى له الاول يدعي
تلقي الملك من جهة الميت والميت صار مقضيا عليه ببينة الموصى
له الثاني فكذا كل من تلقى الملك من جهته وسواء شهد الشهود بالوصية
والرجوع او شهدوا بالوصية دون الرجوع يقضى بالوصية للثاني ولا يقضى
بالرجوع ووقف الرجوع حتى يحضر الاول ويقضى للثاني بنصف الجارية
لان الوارث خصمه في اثبات الوصية لان المقضي عليه في
اثبات الوصية من الميت والوارث ينتصب خصما فيما يدعى
على الميت اذا كانت التركة في يده اما المقضي عليه بالرجوع الموصى له
الاول والميت في حق الرجوع يقضى له والوارث ليس بخصم فيما

فيما يدعي على الموصى له الاول لانه لا اتصال بينهما بسبب ما فاذا حضر الاول
فان اعاد الثاني البينة على الرجوع على الاول اخذ الكل والا اخذ نصفها
لما قلنا ولم يذكر في الاصل انه لو قدم الموصى له الاول الى القاضي والجارية
في يد الوارث والجواب انه ان قدمه الى القاضي الذي قضى للاول
جعله خصما في الوصية والرجوع لان المال يثبت له عنده وظهر عنده انه مالك
وانه مستحق حائل بينه الجارية فصلح خصما وان قدمه الى قاض اخر لا يجعله
خصما لانه لا يدعي شيئا في يده ولا يعرفه خصما فلا يصدقهما على مال الغير
ولو اقام الاول البينة ان الميت اوصى له بثلث المال وهذه مسئلة
اول الباب وقضى له ودفع اليه ثم جاء رجل اخر واقام البينة على الموصى
له انه اوصى له بالثلث ورجع عن الوصية للاول فانه ياخذ الثلث من الاول
ويدفعه الى الثاني لانه يدعي استحقاق ما في يده وذو اليد يجحد وينتصب
خصما لقيام اليد ودعوى الملك ولو كان الوارث هو الحاضر لم يكن خصما في
الرجوع وقبلت الشهادة على الوصية ووقف الرجوع اما ليس بخصم في
الرجوع لما قلنا في العين واما خصم في اثبات الوصية فرق بين هذا وبين
الجارية بعينها والفرق ان في الوصية بالجارية الموصى له الاخر لا يدعي
على الوارث استحقاق شيء في يده لا حقيقة ولا حكما فلا ينتصب خصما
لقيام اليد ولا لقيامه مقام المورث واما في الوصية بالثلث
الموصى له الاخر يدعي استحقاق ما في يد الوارث في جميع التركة ولهذا
لو هلكت الجارية في يد الموصى له الاول او في يد الوارث لم يكن للثاني
ان ياخذ من الوارث شيئا ولو هلك الثلث في يد الموصى له الاول
ياخذ الثاني من الوارث خمس مائة في يده واذا كان خصما في الوصية يقضى
عليه ويكون قضى على الموصى له الاول لما ذكرنا حتى لو حضر الاول لا يحتاج
الى اعادة البينة ويشاركه فيما في يده وياخذ منه نصفه الا ان
يعيدا البينة عليه على الرجوع فياخذ منه جميع ما في يده كذلك
ولم يذكر في الاصل لو لم يقبض الاول المال والجواب انه ان قدم
الوارث جعله خصما لان الوصية بالثلث تثبت الشركة في جميع
كما ذكرناه مرات ووجود القبض وعدمه سوا في حق الوارث لانه لا يقطع التركة
الا انه لا يقضى بالرجوع وان قدم الموصى له ان قدمه الى القاضي الاول جعله خصما لانه
يعلم انه صار شريكا ومستحقا ويقضى عليه بالرجوع لانه هو الخصم في الرجوع
وان القاضي يعلم به وان قدمه الى قاض اخر لا يكون خصما لانه لا يدعي عينا

عينا في يده ولا دينا في ذمته والقاضي لا يعلم ايضا ولو ان الاول اقام البينة
ان الميت اوصى له بهذا العبد وهو يخرج من ثلثه فقضى القاضي له به ودفعه
اليه وغاب الوارث فاقام رجل البينة ان الميت كان قد اوصى له بماية دينار
وقدم الموصى له الى القاضي لم يكن الاول خصما له لان الثاني لا يدعي استحقاق
شيء من يده وانما يدعي مالا مرسلا فاشبه الدين الا ترى انه لو هلك العبد لا يبطل
وصية صاحب الماية فلا ينتصب خصما لقيام اليد لانه لا يدعي ما في يده ولا
دينا في ذمته ولو كان الوارث هو الحاضر قضى عليه وعلى الاول لان
الميت يصير مقضيا عليه فكذا كل من تلقى الملك من جهته حتى يضرب
الثاني مع الاول في الثلث ان لم يخرج الوصيتان من الثلث ويرد الاول
بعض العبد الى الورثة بقدر ما لا يخرج من الثلث والله اعلم **رجل له على رجل**
الف درهم دين او كان له في يده الف غصبا او وديعة وهو قائمة بعينها
وصاحب المال غايب فاقام رجل البينة ان صاحب المال توفي واوصى له
بهذه الالف التي قبله او عليه والذي في يده الالف مقر بالمال ويقول لا ادري
امات صاحبه ام لا فان القاضي لا يجعل صاحب اليد خصما للمدعي ويقول له
احضر وارثا او وصيا ان كان له وان لم يكن يجعل القاضي صاحب اليد او غيره
فيما بعد ما ثبت موته عنده ويقبل بينته عليه فرق بين هذا وبين ما اذا جاء
رجل وادعى انه وارث فلان الغايب ابنه او اخوه والغاصب والمودع كل مقر
بالمال لكن قال لا ادري انه مات ولم يمت وقال لا ادري انك وارثه ام لا فاقام
البينة على موته وانه ابنه او اخوه تقبل بينته وينتصب هو خصما والفرق
ان الغاصب والمودع او المديون ينتصب خصما للمالك ولمن كان نائبا عنه
ولا ينتصب خصما لغيرهما ممن يدعي حقا فيه والوارث نايب الميت فيما ورث
منه كانه هو الا ترى انه يرد بالعيب ويرد عليه كان المورث حي ويصير مغرورا
فيما اشتراه المورث فاما الموصى له ليس بنايب من الميت بل يملك الموصى به
ملكا جديدا بعقد جديد الا ترى انه لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يكون مغرورا فيما
اشتراه الموصي الا ترى انه لا يملك الموصى به الا بالقبول ويرتد برده كالبيع والهبة وذلك
بخلاف الميراث فصار هذا بمنزلة ما لو ادعى ان فلانا وهب منه هذه
الالف وسلم اليه والمودع مقر بالملك لفلان ولكن يقول لا ادري انه
وهب منك ام لا فان المودع لا ينتصب خصما للموهوب له الا ترى انه لو
اشترى عبدا من رجل وهو في يد غيره وطلب من صاحب اليد تسليم
اليه فاقر انه ملك البايع لكن ادعى انه وديعة في يده لا يومر بالتسليم الى
المشتري ولو ادعى المشتري انه اشترى وامرني بالقبض منك لا تندفع

عنه الخصومة لانه اثبت على نفسه النيابة عن الغايب وخصومة الغايب لا
تندفع عنه فكذا خصومة نايبه وكذا لو لم يدع المدعي وصية من جهة الغايب
ولكن ادعى دينا عليه لا ينتصب الغاصب والمودع خصما لان الغريم ليس بنايب
عن المودع والمغصوب عنه من املاكه وهذا اظهر لانه لا يدعي عينا في يده
قصدا وانما يدعي دينا في ذمة الميت ثم يتعدى الى ما في يده على ما ذكرنا فاذا
لم ينتصب خصما في الوصية فهنا اولى وهذا كله اذا كان الذي قبله المال مقرا
بذلك اما اذا كان جاحدا وقال المال مالي او مقرا لكنه قال وهب لي صاحب
المال او اشتريته منه في حال حياته او انكر موته فان القاضي يجعله
خصما للمدعي ويقبل بينة المدعي ويقضي في الوصية بثلث الالف لان الموصى
له ادعى الالف لنفسه والذي في يده المال يجحد ويدعي ان ما في يده ملكه
فينتصب خصما ويتعدى القضا في الوارث لانه يدعي الملك لنفسه فيما في
يد الحاضر بسبب ادعى على الميت فينتصب الحاضر خصما عن الميت فصار الميت
مقضيا عليه بمنزلة من ادعى الملك في يد رجل بشرى من غايب والذي
في يده منكر ويدعي لنفسه يقضى عليه ويتعدى القضا الى الغايب وانما
يقضى له بثلث الالف لان محل الوصية الثلث والقاضي لم يتيقن بوصول
مثلي الالف الى الوارث ولا يعلم له مال اخر الا ان اقام الموصى له شاهدين
ان الميت ترك ابنين سوى هذه الالف وقبضهما ابنه فلان ولا يعلمون له
وارثا غيره يقضى للموصى له بالالف كلها لانه ثبت ذلك بالبينة العادلة
وصول مثلي الالف الى الوارث وان هذا ثلث مال الميت فيقضى له بجميعه
وكان هذا قضا على الوارث حتى لو حضر الوارث بعد ذلك وقال لم
اقبض شيئا لا يلتفت اليه وكان القضا ماضيا لان الميت صار
مقضيا عليه ببينة المدعي فكل من تلقى الملك من جهته صار مقضيا
عليه ايضا هذا كما قلنا في البيوع اوامر المديون رجلا بقضا دينه واقام
المامور البينة على الامر انه قد قضاه قبلت بينته ويثبت له حق الرجوع
على الامر فان حضر الطالب وانكر الاستيفا لا يلتفت الى قوله لان
الحاضر كان خصما عنه وكذا في الكفالة والحوالة على ما ذكرنا هذا
اذا ادعى دينا على الغايب لم يكن الذي قبله المال خصما حتى يحضر الوارث
او الوصي سوا كان الذي قبله المال مقرا او جاحدا
لانه لا يدعي عينا في يده ولا دينا في ذمته وانما يدعي
الدين في ذمة الميت فلا ينتصب خصما له الا اذا اقام البينة انه
مات من غير وارث ولا وصي وانه كان رجلا من اهل الارض اسلم ولم يوال

يوال احدا فان القاضي يتلوم في ذلك لاحتمال انه يظهر له وارث فان لم يظهر له
فان القاضي ينصب وصيا يخاصم عنه ويقضي للمدعي بالدين لان للقاضي ولاية
التدبير في مال الميت وفي مال كل من عجز عن النظر بنفسه ولانهم
لما شهدوا انه مات ولم يترك وارثا فقد شهدوا ان ما تركه لجماعة المسلمين
والمدعي يدعي الدين على كافة المسلمين ولا يمكنه الخصومة ودعوى المال
على كافة المسلمين لكثرتهم فالقاضي يجعل عنهم نايبا ويصير خصومة
حينئذ كحضرة الوارث كما في سائر حقوق المسلمين من دعوى الطريق والا
والاشتهاد على الحايط المايل ومتى منع النصيب كان له ان ياخذ المال من المودع
والمديون ويقضي دين الميت وكذلك لو كان الذي في يده المال مقر بالمال
لكن قال لا ادري امات فلان ام لا لان الكمين بجحدها ولو لم يقم المدعي
البينة على الدين لكن اقام البينة انه اوصى له بالالف التي قبله ولا مال
له سوى هذا وانهم لا يعلمون له وارثا والذي في يده المال مقرا بالمال فهو خصم
وتقبل بينة المدعي عليه ويقضى للموصى له بالالف كله وكذا لو كان جاحدا على
محمد رحمه الله تعالى وقال لان الشهود شهدوا انهم لا يعلمون له وارثا فصار
الموصى له الوارث جعل الموصى له هنا بمنزلة الوارث ولم يجعله الوارث
بمنزلة الموهوب له حتى جعل المودع خصما له وفيما اذا كان للميت وارث
جعل الموصى له بمنزلة الموهوب له حتى لم يجعل المودع خصما له والفرق
ان الموصى له يشبه الموهوب له من وجه والوارث من وجه اما الموهوب له
فلان الموصى له يملك الموصى به بعقد جرى بينه وبين الميت ولهذا
يملكه ملكا جديدا كالموهوب له واما الوارث فلانه انما يملك الموصى به
بالموت فانه ما لم يمت الموصي لا يملك ولا يشترط القبض والاقرار لصحتها
فعملنا بهما في حالين هما مختلفين فالحقناه بالموهوب به متى كان للميت وارث
وبالوارث متى لم يكن للميت وارث عملا بهما بقدر الامكان ولهذا قلنا ان
الموصى له بجميع المال ان يرد بالعيب ويرد عليه بمنزلة الوارث بخلاف حال
قيام الوارث ولان تمة الدعوى توجهت على الميت فلا يصح الا على من
هو خلف عن الميت اما الموصى له بجميع المال لا يدعي حقا على الميت انما يدعي
خلافه عن الميت لان الموصى له بجميع المال في معنى الوارث كانه يقول
عقد معي عقد الولا وانا وارث له بسبب الولا ولو قال هكذا استصحابا
استقام ان يكون خصما في حق المودع كما لو ادعى الوراثة بالقرابة فكذا اذا
اتى بمعنى هذا الكلام الا ترى انه يقضى له بالمال كله ولو كان بطريق
الوصية لم يكن كذلك لان الوصية لا تزيد على الثلث والله اعلم

استشهد محمد رحمه الله تعالى قال الا يرى انهم لو شهدوا انه اقر عند موته انه اخوه لابيه وامه لا يعلمون له وارثا غيره ينتصب المودع خصما له ويقضى له بماله كله وان لم يثبت نسبه من ابيه لما ان المقر وارث معروف وكذلك لو لم شهدوا انه اقر عند موته انه اسلم على يد هذا ووالاه ثم مات ولا يعلمون له وارثا غيره جعل مولى الموالاة والمقر له بالنسب بمنزلة الوارث لما لم يكن له وارث اخر فكذا الموصى له بجميع المال وبهذا الطريق صحة الوصية بجميع المال لانه بمنزلة الوارث في هذه الحالة في المبسوط اذا مات رجل له بالثلث من كل شيء واقام شاهدين وقضى له ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا الثلث لان المشهود له استحق الثلث بشهادتهما وكذلك لو شهدا انه اوصى له بالثلث في حيوة الميت ولم يختصموا في ذلك حتى مات وفي هذا نوع اشكال فالوصية اخت الميراث وقد ذكرنا في الرجوع عن الشهادات انهم لو شهدوا بالنسب في حال الحيوة لم يضمنوا شيئا بعد الموت فكذا ينبغي ان يكون في الوصية لان استحقاق الوصية عند الموت بالعقد لا بالموت فان الملك للموصى له ملك متجدد ثابت بالعقد بخلاف الميراث فانه خلافة على معنى انه يبقى للوارث من الملك ما كان ثابتا للمورث وهذه الخلافة لا يتحقق الا بالموت يوضح الفرق ان الشهادة بالنسب في حالة الحيوة وان كانت توجب الميراث بعد الموت ففيها معنى المعاوضة لجواز ان يموت المشهود له اولا فيرثه المشهود عليه فلهذا لا يجب الضمان على الشهود ولا يتحقق مثل هذه المعاوضة في الشهادة بالوصية بالثلث فكان هذا بمنزلة الشهادة على النسب بعد الموت فيكون موجبا للضمان عليهما اذا رجعا ولم يذكر في مسئلة الكتاب حكم ظهوره حيا وذكر بعد هذا في احوار هذه المسئلة والله اعلم فنقول اذا حضر الغايب تبين ان قضا القاضي باطل وظهر كذب الشهود بالعيان فكان له الخيار في الغصب يعني ان كان المال في يد صاحب اليد غصبا ان شاء اخذ من القابض الذي ادعى الوصية لانه قبض ما ليس له قبضه ولا يرجع على احد كغاصب الغاصب اذا ضمن وان شاء اخذ من الشاهدين لانهم شهدوا بالملك للقابض وهما يرجعان على القابض لان المال حصل في يده وهم شهدوا لاجله ولانهما ملكا المضمون باداء الضمان كالغاصب الاول وان شاء اخذ من الغاصب بالغصب وهو بالخيار ايضا ان شاء رجع على الشهود والشهود يرجعون على القابض وان شاء رجع على القابض ولا يرجع هو على احد وفي الوديعة لا ضمان على المودع لانه دفع بقضاء القاضي والضمان على الشهود او على القابض فان ضمن الشهود

الشهود او على القابض فان ضمن الشهود رجعوا على القابض فان ضمن القابض لا يرجع على احد وفي القرض يجب الضمان على الدافع وهو ما كان عليه من الدين ولا يجب على غيره شيء لان حق الغايب في الدين باق في الذمة وهو دفع العين من مال نفسه فلم يوجد الجناية على مال الغايب الا ان الدافع يرجع ان شاء على الشهود لانهم الزموه على الدفع وان شاء يرجع على القابض لانه قبض ماله بغير حق فكان غاصبا في حقه فان ضمن الشهود رجعوا على القابض وان ضمن القابض ولا يرجع على احد ولو لم يجيء هو حيا ولكن جاء وارثه ثبت ان القضا كان جائزا لانه ظهر موته ولا ضمان على الدافع في الوجوه كلها لان امر القاضي كان جائزا في تركته ولا ضمان على الشهود ايضا لانه لم يظهر كذبهم وفي قولهم بانه مات من غير وارث فكان من اهل الارض لا يوجب الضمان لانه ليس بشهادة في نفسه فلا ضمان عليهما الا ان القابض يغرم اثنا شيء لانه ظهر انه قد قبض ذلك بغير حق ولو تبين ان الشهود عبيد فالضمان على القابض ولا شيء على الدافع لانه دفع بامر القاضي وتبين ان لا ولاية له في ماله حيث ظهر موته ولا شيء على الشهود لانه لم يظهر كذبهم الا ان القاضي اخطا في قضائه فيجب الضمان على من دفع له القضا وهذه مسئلة غريبة الوجود رجل غاب وله على رجل الف درهم قرض او له قبله الف درهم غصب او وديعة قائمة بعينها فجاء رجل فادعى انه مات واوصى له في كل ماله قليل وكثير واقام البينة العادلة على ذلك فالذي في يده خصم اوبالمال او جحد ويدفع المال اليه اما اذا جحد فلانه يزعم ان ما في يده ملكه قال لم فلينتصب خصما لمن يدعي فيه ملكا او حقا على ما ذكرنا واما اذا ذكرنا كان مقرا له فكذلك فرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا ادعى انه اوصى له هو والفرق ان الموصى له يدعي تمليك ما في يده من جهة الميت وقد اتفقا على وصول المال الذي اليد من جهة الميت فلا ينتصب خصما له كما لو ادعى الشراء او الهبة اما هنا لا يدعي الملك بل ادعى انه نايب المالك ووكيله فصارت حضرته كحضرة المالك فكما لا يقدر على دفع المالك لا يقدر على دفع من قام مقامه الا يرى انه لو ادعى انه وكيله في قبض ماله عليه او عنده في حال حيوته واقام البينة لا يقدر على دفعه فكذا اذا ادعى قيامه مقامه بعد الموت فلو قضى بذلك ودفع المال اليه ثم جاء المشهود بموته حيا فهذه على وجهين اما ان هلك المال في يد الوكيل او كان قائما في يده ففي الوجه الاول وهو ما اذا كان المال هالكا لا ضمان على الشاهدين لانهما لم يسلطا عليه ملكا ولانهم لم يشهدوا بالملك فيه لاحد ولا با الوايد عن ماله مبني لانهم لانهم بلا اتبعوا ابدا حافظة على ماله فان يد الوصي

حافظة في اموال الميت فلم يكن فيما شهدوا به معنى التلف فلا يضمنون شيئا
الا يرى انهما لو شهدا انه وكل هذا الرجل بقبض دين له الذي له على فلان وفلان
مقر بالدين فقضى القاضي به للوكيل وقبضه جميعا واستهلكه ثم قدم صاحب
الدين وانكر الوكالة ثم رجعا عن اصل شهادتهما لا ضمان عليهما لانهما ما يتلفا
المال بشهادتهما وهو انهما انما نصباعنه من يقبض المال ويحفظه له ويضمن
الوكيل بالاستهلاك لان المال في يده حصل امانة للموكل وقد تعدى
الموكل بالاستهلاك وهل يضمن الوصي او الذي قبل المال فهو على ثلثة اوجه
اما ان الذي قبل المال غاصبا او مودعا او غريما ففي الوجه الاول وهو
ما اذا كان غاصبا المالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب بغصبه وان شاء ضمن
القابض لانه ظهر انه قبض ماله بغير حق لانه وان لم يظهر كذب
الشهود في الايصاء لكن ظهر كذبهم في الموت وظهر انهم اخذ ماله بغير
اذنه فصار كالغاصب فان ضمن الموصى فلا يرجع الوصي على الغاصب
لانه ملك المضمون باداء الضمان ولم يرد عليه تقدم من قبل احد فصار كغاصب
الغاصب اذا ضمن وان ضمن الغاصب رجع به على الوصي لانه لم
ملك المضمون باداء الضمان وقد تعدى عليه الوصي فصار بمنزلة ما لو
غصبه منه وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان مودعا فلا يضمن المستودع
ولكن يضمن الوصي اما المودع فلان الوديعة اخذت من يده كرها بقضاء
القاضي فصار كما لو غصب منه غاصب واما الموصي فلانه وان قبض
بامر القاضي ان امر القاضي لم يصح لما ظهر صاحب المال حيا لانه ليس
ليس للقاضي ولاية التصرف في مال الحي فصار قابضا ماله بغير اذنه وبغير
اذن من يلي عليه وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كان غريما فلا ضمان
على الوصي ولكن يرجع على الغريم بدينه اما لا ضمان على الوصي لانه
لم يقبض ماله انما قبض ما له الغريم لان الديون تقضى بامثالها
فلا يكون له تضمينه واما يرجع على الغريم لان الغريم لم يبرا بدفع
المال الى الوصي وان دفع بامر القاضي لان امره بالدفع
لم يصح لما ذكرنا ويرجع الغريم على الوصي لانه انما دفع اليه ليسلم
له ما في ذمته ولم يسلم فكان له حق الرجوع عليه هذا
اذا هلك المال في يد القابض اما اذا كان المال قائما
في يده فصاحب المال بالخيار ان شاء اجاز قبضه وا
واخذ المال من يده وان شاء لم يجز واخذ المال من الغاصب
او اخذه من الغريم اما الغاصب فلانه اخذ عين ماله بغير اذنه

اذنه فيتوقف على اجازته فان اجاز باخذه منه وبرئ الغاصب كما لو وكله بقبضه
في الابتدا بخلاف ما اذا هلك المال في يده قبل الاجازة وان لم يجز باخذ
من الغاصب لانه دفع ماله الى غيره بغير اذنه فلا يبرا عن الضمان
واذا رجع على الغاصب فله ان يرجع على القابض واما في الغريم فلانه
صار بايعا ما في ذمته بالمقبوض بغير اذن صاحب الدين فيتوقف على
اجازته كما لو باع عين ماله بغير اذنه فان اجاز برئ الغريم على الوصي
وان اجاز ولم يقبض من الوصي حتى هلك المال في يده لم يكن على
الغريم ولا على الوصي شيء لان الاجازة في الانتها كالاذن في الابتدا
من الابتدا ولو اذن له في الابتدا لا ضمان على احد كذلك هنا والله اعلم
وذكر الكرخي رحمه الله تعالى في مختصره ان الاجازة هنا غير معتبرة
لان الاجازة انما تعتبر اذا كان تصرفه واقعا في ملك الغير والديون
تقضى بامثالها لا باعيانها فكان تصرفه واقعا في ملك المديون لا في
مال الغايب فلا يتوقف على اجازته فلا تعمل فيه اجازته كما لو اجاز
بعد هلاك المقبوض في يده من ماله والجواب ما ذكرنا انه
صار بايعا ما في ذمته بالمقبوض فيتوقف على اجازته وانما لم يصح الاجازة
بعد الهلاك لانه تهلك المال بعوض فاشبه البيع فيعمل فيه الاجازة
عند قيامه ولا يعمل بعد هلاكه كما في بيع العين وعنه رحمه الله
تعالى في بعض النسخ ان قيام المقبوض ليس بشرط لصحة الاجازة
لان تسليم المال يصرف في ملك نفسه فلا يقف على الاجازة من
هذا الوجه وانما يقف في حق ما يقابله وهو الدين لانه يصير كالمشتري
لذلك بما يقابله فيعتمد قيام ما هو المعقود عليه في الباب وهو الدين
وانه قائم فيصح الاجازة كما في بيع العين قال فانه يشترط
قيام المعقود عليه لا قيام الثمن والصحيح انه يشترط قيام
المقبوض لانه في حق المقبوض مشترى له ثمن يقابله وانه مشترى لم
ينفذ على العاقد لو وقوعه مشترى بدين على الغير فلا يستقيم
ثبوته على العاقد بتوقف نفوذه ضرورة وذلك بمنزلة
مشترى المحجور مما لا يمتنع ثبت الوقف في الطريق شرط قيامها
ضرورة اعني الدين والمقبوض كما في بيع المقايضة واما في الوديعة
فلا ضمان على الدافع لانه دفع بامر القاضي وله ان يجيز قبض
الوصي لانه قبض ماله بغير اذنه فتوقف على اجازته فان
اجاز ثم هلك فلا ضمان عليه فان هلك قبل الاجازة له ان يضمنه

هذا اذا جاء صاحب المال حيا ولو تحقق موته وجاء وارثه ووجد
الشهود عبيدا والمسئلة بحالها فلا ضمان على الشهود لانه لو
ظهر كذبهم بان جاء المشهود بموته حيا لا ضمان عليهم
فهنا اولى ولا ضمان على الدافع اما في الوديعة فلانه لو جاء المشهود
بموته حيا لا يضمن فهنا اولى واما الغاصب والغريم فلانهما دفعا
بامر القاضي وقد صح امره بالدفع متى كان الوارث غايبا لان
للقاضي ان ينصب خصما حتى يقبض حقوق الميت اذا لم يكن له وصي
وكان الوارث غايبا نظرا للميت والوارث فكان له ان يامر
هنا بقبض المال واذا صح الامر بالدفع صار الدفع اليه بامر
صاحب المال لان القاضي نايب صاحب المال شرعا بخلاف ما اذا
جاء حيا لان الامر بالدفع لم يصح وله ان يضمن الوصي لانه
ظهر انه قبض ماله بغير حق وان اخذ بامر القاضي لانه ما اعتمد
في القبض امر القاضي بل اعتمد امر الميت وقد ظهر بطلان امره
بظهور الشهود عبيدا فان قيل يجب ان لا يضمن الوصي لان
الوصي قد قبض بامر القاضي وامره قد صح ولهذا برئ الدافع
قيل له القابض وصي القاضي من وجه لان له ولاية نصب
الوصي وقد امر بالدفع اليه وليس بوصي له من حيث الحقيقة
لانه لم ينصبه وصيا وانما امضى ايصاء كان من الموصي فاذا
ظهر انه لم يكن من الميت ايصاء ظهر ان الايصاء لم يصح فيجب
العمل بهما فمن حيث انه وصي القاضي معنى برئ الدافع بالدفع
وذلك لكونه مجبورا عليه ومعذورا ومن حيث انه ليس بوصي
حقيقة ضمن القابض لانه مختار فيه عملا بهما بقدر الامكان هذا
اذا ادعى الايصاء واما اذا ادعى ان صاحب المال توفي وانه اخوه و
وارثه لا يعلمون له وارثا غيره يقضى له بالمال اقر الذي في يده المال
او جحد لان الاخ يقوم مقام الميت في هذه الحالة كانه هو وهؤلاء
ينتصبون خصما للمالك ولم يقوم مقام المالك كما ذكرنا في الوصي ثم
فلو قضى بذلك ثم جاء صاحب المال حيا وقد هلك المال في يد
القابض فهو في الغصب بالخيار ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن
الشاهدين وان شاء ضمن الاخ اما الغاصب فلان الضمان كان واجبا عليه
فلا يبرا الا بالرد الى المالك او الى نائبه ولم يوجد اما الابرا
والرد الى المالك فظاهر واما الى نائبه فلان الاخ لم يكن

يكن نائبا عنه في القبض لانه لم يامره ولا صار نائبا بامر القاضي لان امره
اياه لم يصح لانه ليس له ان ينصب وكيلا عن الحي الغائب المكلف بقبض حقوقه
واما الشاهدان فلانه لما جاء حيا ظهر انهما نقلا ملك صاحب المال
الى الاخ بغير حق ولم يرجعا ولو رجعا ضمنا وان كان رجوعهما محتملا
للصدق والكذب فهنا اولى الا ترى انهما لو شهدا بالهبة وقضى بها
ثم رجعا ضمنا واما الاخ فلانه قبض ماله لنفسه بغير حق فان اختار
تضمين الغاصب كان الغاصب بالخيار ان شاء ضمن الشاهدين
وان شاء ضمن الاخ ومتى اجاز تضمين احدهما لا يبقى له ولاية تضمين
الاخر وانما يخير لانه باداء الضمان ملك المضمون والشهود تسببوا لاتلافه
والاخ قبض ماله حقيقة فيتخير كالمالك وهذا لان الشاهد في حق
الغاصب بمنزلة الغاصب لانهما ازالا المغصوب من يده بشهادة باطلة
والاخ بمنزلة غاصب الغاصب لان جناية الاخ واخذه تاخرت عن
جناية الشاهدين فكان الغاصب الاول بالخيار فان اختار ايضا تضمين الاخ
لا يرجع على احد لان الغاصب الثاني لا يرجع على احد لانه ملك المضمون
باداء الضمان ولم يبعد عليه احد وان اختار تضمين الشاهدين رجعا
على الاخ لانهما بمنزلة الغاصب في حق الاخ لان جنايتهما متقدمة
على جناية الاخ وفي الوديعة لا ضمان على المودع لما ذكرنا وهو بالخيار ان
شاء ضمن الشاهدين وان شاء ضمن الاخ لما ذكرنا وان كان غريما
فلا ضمان لصاحب المال على الاخ ولا على الشاهدين ويضمن الغريم
بالخيار ان شاء رجع على الشاهدين وان شاء رجع على الاخ اما لا لم
يضمن الاخ فلانه لم يقبض ماله انما قبض مال الغريم ودينه باق في ذمة
المديون كما كان وكذا الشاهدان لانهما ازالا ملكه عن الدين واما يرجع على
الغريم فلانه لم يدفع المال الى المالك ولا الى وكيله واذا ضمن الغريم
يخير ان شاء رجع على الشهود وان شاء رجع على الاخ فلانه قبض ماله لنفسه
بغير حق وبطلت الشهادة بمعنى لا تهمة فيه بخلاف الرجوع واما الشهود
فلانهم ازالوا المقبوض عن ملكه بشهادتهم الباطلة فان ضمن الشهود فانهم
يرجعون على الاخ لانهم ملكوا المضمون باداء الضمان وما رضوا بتملك الاخ
من قبلهم ولانهم في حق الغريم بمنزلة الغاصب وان ضمن الاخ لا يرجع
على الشهود لما قلنا ولو لم يات حيا ولكن اقام رجل البينة انه ابن الميت
فان القاضي يقضي بذلك لانه لا ينافي القضاء الاول لان القضاء الاول
بالاخوة وهذا بالبنوة ولا تنافي بينهما واذا قضى بذلك وقد هلك المال

فى يد الاخ ليس له ان يضمن الدافع فى الوجود كلها والغريم برئ لانه
دفع المال الى الاخ بامر القاضى وقد صح امره لانه له ولاية نصب من
يقبض هذه الاموال فى كمال غيبة الوارث ولكن الابن بالخيار ان شاء ضمن
الشاهدين وان شاء ضمن الاخ اما فى الغصب والوديعة فلانه وجد من كل
واحد منهما سبب الضمان اما الشهود فنقل مال الابن الى الاخ بشهادتهما
بالميراث وقد ظهر انه لا ميراث له فصار كانهما اتلفا الميراث على الابن
واما من الاخ فانه قبض حالة مملكا لا حافظا فصار متعديا فى فعله واما فى
الدين فرق بينه وبين ما اذا جاء المشهود بموته حيا فانه لا يكون
له ولاية تضمين الشاهدين والاخ اما الفرق فى الشهود فهو انه اذا
جاء حيا فالشهود ما ازالوا ملكه عن الدين ولا فوتوه امكان اخذ الدين
وهنا اذا لو املكه عن الدين وفوتوا عليه امكان الاخذ فانه صار ممنوعا عن
مطالبة المديون بسبب شهادتهم بالاخوة لما ذكرنا من صحة امر القاضى بالدفع واما
الفرق فى حق الاخ فما ذكروا ايضا ان امر القاضى بالدفع لم يصح فلا يصير قابضا
مال الغايب اما هنا صح الامر بالدفع فصار قابضا مال الابن بغير حق فان
ضمن الابن الشاهدين رجعا على الاخ وان ضمن الاخ لا يرجع على الشاهدين لما
قلنا ولو لم يقم آخر بينة انه ابن الميت الميت لكن اقام انه اخو الميت
لابيه وامه يقضى باخوته لانه ليس فيه سنا قضية القضاء الاول ولو قضى
بذلك وقد هلك المال فى يد الاول فلا ضمان على الشاهدين ولا على
الدافع ويضمن الاول نصف ما قبض الثانى اما على الدافع فلما ذكرنا فى الوجه
الاول واما على الشاهدين فرق بين هذا وبين الفصل الاول والفرق
ان فى الوجه الاول ظهر كذبهما فيما شهدا به لانهما شهدا انه وارثه
وقد ظهر انه لم يكن وارثا وهنا لم يظهر كذبهما فى الشهادة لانهما شهدا انه
اخوه ووارثه وانا لا نعلم له وارثا غيره ولم يظهر كذبهما فى واحد منهما لانه لم
يظهر انهما كانا عالمين ولان قولهما لا نعلم ليس من نفس الشهادة انما هو
لاسقاط التلوم عن القاضى الا يرى انهم لو لم يتلفظوا بهذه الزيادة يقضى
القاضى بعد التلوم واما ضمان نصف المقبوض على القابض فلانه قبض نصف المال لنفسه
بغير حق كان محمد رحمه الله تعالى ذكر المسائل الى الان ووصفها فى انكار
الذى قبله المال او اقراره واقامة المدعى البينة على ما ادعى
وقال بقبول البينة فى بعض المسائل وجعل ذو اليد خصما وبعد
القبول للبينة فى بعض المسائل ولم يجعل ذا اليد خصما ثم انه
اعاد المسائل فيما اذا اقر ذو اليد بما ادعاه المدعى ولم تقم البينة

البينة وجوز اقراره فى بعض المسائل ولم يجوز فى البعض جوزه فيما صار خصما
للمدعى لو انكر ولم يجوز فيما لم يصر خصما له لو انكروا انما كان كذلك لان الذى قبله
المال متى انتصب خصما للمدعى كان الاقرار صادرا من الخصم فيصح لانه
متى انتصب خصما استحق المدعى الجواب عليه ووجب الخصم تارة يكون بلا وتارة
يكون بنعم فيصح اما اذا لم ينتصب خصما لا يستحق جوابه فيكون اقراره واقرارا
اجنبى آخر سوا وفيما تقدم وضع المسائل على ثلثة اقسام وهو ان يكون الذى قبل المال
غاصبا او مودعا او غريما وفى الاقرار زاد وجها آخر وهو ان يكون وصيا اذا ثبت
هذا فنقول قال رحمه الله تعالى رجل له على رجل الف درهم دين او كانت الالف
فى يده غصبا او وديعة او وصلت اليه من قبل ابيه اوصى بها اليه ابوه لما نذكر
فجاء رجل وادعى ان صاحب المال توفى وانه اوصى له بالالف التى قبل هذا الرجل ولا
بينة له وصدقه الذى قبله المال وله وارث غايب ولا يدرى ان له وارثا ام لا
فان القاضى لا يلتفت الى قول الذى فى يده المال ولا يامر ايضا بدفع المال
اليه لانه ليس بخصم فى حق ما يدعيه الا يرى ان كان مدعى وصفه اقرار على
الميت الوارث وهو اجنبى عنهما الا يرى انه لو ادعى عينا فى يد رجل بسبب صحيح
من جهة الغايب وصدقه ذو اليد لا يومر بالتسليم اليه ولهذا لو ادعى انه وكيل بقبض الوديعة
وصدقه ذو اليد لا يومر بالتسليم اليه بخلاف ما لو ادعى الوكالة بقبض الدين وصدقه المديون
فرق بين الوكالة بقبض العين والدين وسوا بينهما هنا لما نذكر فان قال المدعى لا وارث لصاحب
المال لانه كان رجلا نصرانيا اسلم ولم يوال احدا والوارث له وصدقه ذو اليد فى
ذلك فان القاضى لا يعجل بالقضاء للمدعى ولكنه يتلوم ويتانى فى ذلك فان جاء مدع او وارث والا قضى به
للمدعى اما صحة اقراره فلانه انتصب خصما للمدعى لما ادعى انه لا وارث للميت
لما ذكرنا ان الموصى له عند عدم الوارث بمنزلة الوارث الا يرى ان الذى قبله
المال لو انكر انتصب خصما لما ذكرنا فيصح اقراره واما التانى والتلوم فلصيانة
قضائه عن النقض لجواز ان يظهر الامر بخلاف ما اقر وعلى القاضى صيانة
قضائه عن البعض ما امكن الا يرى انه لو ادعى رجل انه ابنه وصدقه ذو اليد لا يدفع
المال اليه الا بعد التانى والتلوم ولم يذكر فى الكتاب مدة التانى والتلوم
وهو مفوض الى راى القاضى يعنى يجتهد انه لو كان له وارث لحضر فى مثل هذه
المدة لان ذلك يختلف باختلاف حال الميت فى الشهرة والخمول وباختلاف
احوال ورثته فى الغيبة والحضور وذكر الطحاوى رحمه الله تعالى وقدر المدة
بالحول لانه حسن لابلاء العذر كما فى اجل العنين قال شيخ الاسلام جواهر
زاده رحمه الله تعالى الاول قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى قولهما بناء على
اصله ان فى جنس هذه المسائل الا يرى التقدير وهما يريان فان قيل اذا لم يترك

وارثا صار ماله للعامة فلا يصح اقراره في حقهم كما لو خلف وارثا قلنا حقهم
غير معتبر لعموم التركة وخروجه عن احد المالية والتقوم في حق كل واحد
منهم ولهذا تصح وصيته بجميع المال بخلاف ما اذا خلف وارثا الا ترى انه يجوز
شهادة الغانمين بشيء من الغنيمة ولو شهد فقيران مسلمان على رجل بسرقة
من بيت المال جاز شهادتهما ويجوز شهادة المسلمين بطريق العامة ويجوز
للقاضي ان يقضي به وبالغنيمة وان كان له شركة فيهما الا ترى ان واحدا من الجند لو اتلف
شيئا من الغنيمة بعد ما احرزت بدار الاسلام يضمن جميع قيمته ولو قتل صبيا
او امرأة عمدا يضمن جميع القيمة ولو وطئ جارية يجب جميع العقر الا انه لا يجب الحد
والقصاص لمكان الشبهة كما لو قتل عبدا من بيت المال لا يجب القصاص لم
لمكان الشبهة ويجب الضمان لان الشبهة لا تمنع وجوب الضمان فان
قبضه المدعي وهلك في يده ثم جاء صاحب المال حيا فههنا اربعة اموال
لكل مال حكم على حدة وفيما اذا كان غصبا فصاحب المال بالخيار يضمن ايهما
شاء فان ضمن القابض لا يرجع على الدافع وان ضمن الدافع يرجع على القابض
لما قلنا من قبل وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان وديعة اجمعوا ان له ولاية
تضمين القابض لانه قبض ماله بغير حق وهل له ولاية تضمين الدافع ان دفع
بغير قضاء له ذلك بالاجماع وان دفع بقضاء عند محمد رحمة الله تعالى كذلك
وعند ابي يوسف رحمة الله تعالى ليس له تضمينه اصله ما ذكرنا في الاقرار في
المودع اذا اقر به لانسان ثم اقر به لغيره فالاول احق بها فان اخذها بغير
قضا يضمن الثاني فان اخذ بقضا لم يضمن عند ابي يوسف رحمة الله
تعالى وعند محمد رحمة الله تعالى يضمن لمحمد رحمة الله تعالى ان المودع التزم
من الحفظ والقاضي انما يقضي له باقراره وانه سبب الضمان كالمودع اذا دل
سارقا الى سرقة الوديعة او استهلاكها والمحرم اذا دل حلالا على قتل
صيد الحرم وكما لو دفع اليه بغير قضا بخلاف ما اذا اقر الابن بالغ ودفع
اليه النصف بقضا ثم اقر باخ فانه يدفع اليه نصف ما في يده وهو الربع فلا
يضمن شيئا لانه لم يلتزم الحفظ وهو كالاجنبي اذا دل سارقا على مال الغير
او الحلال اذا دل محرما على الصيد وكما لو هبت الريح بثوب انسان والقته
في حجر واقر به لانسان ودفع اليه بقضى ثم اقر به لغيره فانه لا يضمن
كذلك هنا لابي يوسف رحمة الله تعالى انه لو ضمن لا يخلو اما ان يضمن انه
بالاقرار وبالدفع لا وجه الى الاول لان مجرد الاقرار لا يزيل ملك
صاحب المال ولا يده ولهذا لو هلك بعد الاقرار بمال الغير لا يوجب
الضمان ولا وجه الى الثاني لانه كان مكرها على الدفع من جهة القاضي فتوله

قوله بانه دل المقر له على الاخذ قلنا نعم الا انه منعه من الاخذ حالة الاخذ واخذه على
كره منه والمودع اذا منع من الاخذ بعد الدلالة لا يضمن والقضا انما يحتاج
اليه على تقدير المنع فكان مضافا الى المنع لا الى الاقرار ولانه اخر الوصفين
فيضاف اليه بخلاف وجوب الضمان على الشهود لان فعل القاضي ينتقل اليهم
لانهم الجوه الى القضا بخلاف وجوب الضمان على الشهود لان فعل القاضي
ينتقل اليه لانهم بخلاف الاقرار لان القضا فيه من باب الاعانة ولهذا يجوز
القضا بعد غيبة المقر باقراره ولا يجوز بعد غيبة المشهود عليه وهذا لان اقراره
ليس بحجة في حق صاحب المال بخلاف الشهادة ولم يذكر قول ابي حنيفة
رحمة الله تعالى وزعم اهل العراق رحمهم الله تعالى انه مع محمد رحمة الله
تعالى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كان دينا فلصاحب المال ان يضمن الغريم
وليس له تضمين القابض لما قلنا من قبل ثم يرجع الغريم على القابض وفي
الوجه الرابع وهو الايصا فصورة المسئلة اذا كان لرجل الف درهم رفعه الى رجل
وجعله وصيا فيه ثم مات الموصي وله ابن غائب ثم مات الموصى وله ابن فصار
المال في يد ابنه فدفع الى هذا المدعي ثم جاء صاحب المال حيا اراد به ابن الموصي
او غاره فنقول اذا جاء صاحب المال حيا له ان يضمن القابض وليس ان يضمن الذي
قبله المال بالاجماع اما على قول ابي يوسف رحمة الله تعالى فلانه لو كان
مودعا لا يضمن اذا دفع بقضا فهذا اولى وعلى قول محمد رحمة الله تعالى
فلانه انما يضمن عنده بالتضييع والتضييع انما يوجب الضمان في مال التزم
حفظه لا في مال لم يلتزم وهو لم يلتزم حفظ هذا المال لا للوصي ولا لابنه وانما
وقع المال في يده بغير صنعه فصار كالثوب اذا هبت به الريح والقته في حجره
وثمة لا يضمن بالتضييع بالاقرار وصار كولد المغصوبة والاولاد الوديعة و
لانه دفع بامر القاضي وقد فتح امره بالدفع لان الموصي شرط الحفظ على ابيه وقد
عجز ابوه عن الحفظ فكان تدبيره الى القاضي ويأخذ من القابض كفيلا
بالاتفاق لان الدفع كان بالاقرار لا بالبينة وهو كاللقطة اذا دفع لصاحبها
بعلامة اللقطة او اقرار العبد بخلاف ما اذا ثبت بالبينة لما نذكر وفي كل موضع
ثبت له حق الرجوع على القابض يأخذ من الكفيل ايضا ان شاء ثم يرجع الكفيل
على المكفول عنه اذا كان بامره وان لم يأت صاحب المال حيا لكن حضر وارث
واقام البينة انه احق الميت لابيه وجحد الوصية فلا ضمان على الذي قبل المال
في الوجوه كلها لان امر القاضي بالدفع اليه قد صح لما قلنا ويضمن القابض
لما قلنا لانه قبض ماله لنفسه بغير حق فلو لم يقم البينة على الاخوة ولكن الذي
في يده المال اقر انه اخوه لكن قال لا ادري اهو وارث ام لا لم يدفع المال اليه

حتى يقول هو اخوه ووارثه لا وارث له غيره لانه يجوز ان يكون غير وارث وان كان
الذى قبل المال خصما للاخ حتى لو انكر اخوته فاقام المدعى البينة عليه تقبل لان
الثابت باقرار الخصم لا يربو على الثابت بالبينة ولو شهدوا انه هذا اخ للغايب
ولم يشهدوا انه وارثه وكان المال فى يد رجل فان القاضى لا ينزع المال فى يده ولا
يدفع اليه مالم يشهدوا انه وارثه لا يعلم له وارثا غيره على ما ذكرنا فى الدعوى والشهادات
فاذا ثبت بالاقرار كان اولى فان قال انه وارثه لا وارث له غيره فان القاضى
يتانى ويتلوم فى ذلك ثم يدفع المال لان هذا اقرار حصل من الخصم والثابت
باقرار الخصم كالثابت بالبينة ولو ثبت بالبينة دفع المال اليه بعد التانى
والتلوم كذلك هنا فان دفع المال اليه ثم جاء صاحب المال حيا او جاء رجل
اخر واقام انه ابنه ووارثه فهو بمنزلة ما ذكرنا فى الموصى له يريد به الضمان
فيما اذا جاء صاحب المال حيا وعدم الضمان فيما اذا جاء وارثه واقام البينة
لان فى الوجه الاول من القابض بالدفع اليه لم يصح وفى الوجه الثانى صح لم
فصار القابض بمنزلة وصى القاضى كما ذكرنا غير ان الثانى ان كان اقرب
من الاول واخذ جميع المال من الاول او من كفيله وان كان مثله ياخذ
نصفه منه او من كفيله ثم يرجع الكفيل على الاول ان كان بامره ولو اقر الذى
قبل المال لرجل انه ابنه وان له ابنا اخر وقال الرجل ليس له ابن غيرى فالقاضى ولا
يامر بدفع المال اليه قبل التانى لان الذى قبل المال لو اقر ان هذا ابنه
وليس له ابن اخر تانى القاضى صيانة لقضايه عن النقض فهذا اولى فان حضر
وارث والا دفع المال اليه بكفيل معه اما الدفع فلان حق المدعى قد ظهر وحق
الغايب قد يظهر وقد لا يظهر ولا يجوز تاخير حق قد ظهر لحق عسى يظهر
وعسى لا يظهر لم يشترط هنا ان يقول ابنه ووارثه وفى الاخ مالم يقل انه اخوه
ووارثه لا يامر بدفع المال اليه وان تانى والفرق ان الثابت بالاقرار كالثابت
بالبينة ولو ثبت بالبينة ان المدعى ابنه ولم يشهدوا انه وارثه وتانى القاضى
ينزع من يد ذى اليد ويدفعه الى المدعى لانه تيقن بكونه وارثا لان الابن الحر
المسلم لا يكون محجوبا بغيره بحال فلم يقع الشك فى كونه وارثا الا انه قد
يزاحمه مثله واذا تانى ولم يظهر له مزاحم يدفع المال اليه فكذا ثبت بالاقرار
ولو ثبت بالبينة انه اخوه ولم يشهدوا انه وارثه فالقاضى لا ينزع المال من
يد ذى اليد ولا يدفعه لعدم تيقن بكونه وارثا لانه ممن يحجب بغيره فوقع
الشك فى كونه مستحقا فلا يثبت الاستحقاق بالشك فكذا اذا ثبت بالاقرار
بخلاف ما لو اقر ان هذا ابن الميت ودفع القاضى المال اليه بعد التانى ثم قال
لاخر هذا ايضا ابن الميت وقال الاول لا ابن له غيرى فانه لا يلتفت الى قوله لانها

لانها شهادة على الاول لا ابن له غيرى فانه لا يلتفت الى قوله بعد انقطاع يده عن المال
فلا يصح وهذا لانه انما يقبل قوله باعتبار قيام يده على المال لانه انتصب خصما
بيده ولو ادعى انه ملكه كان القول قوله فاذا اقر به لغيره صح بخلاف ما بعد التسليم
الاول واما اخذ الكفيل نظر للغايب لجواز ان يكون للميت ابن اخر او وارث غيره
وقد هلك المال فى يد هذا المدعى وهو مفلس هكذا ذكر فى الكتاب وقيل هذا قول
قول ابى يوسف رحمه الله تعالى اما على قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى لا يجبره
القاضى على اعطا الكفيل واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى وجعلوا هذه
المسئلة فرعا لمسئلة ذكرها فى الدعوى من المبسوط فقال رجل مات وترك
مالا فجاء رجل وادعى انه ابنه وشهد الشهود انه ابنه ولم يشهدوا انا نعلم له وارثا غيره وتانى
القاضى ولم يظهر وارثا اخر فعند ابى حنيفة رحمه الله تعالى يدفع المال اليه من غير
اخذ الكفيل وقال محمد رحمه الله تعالى ياخذ الكفيل وعند ابى يوسف رحمه الله
تعالى لا يعطيه مالم ياخذ كفيلا ثقة فاذا كان المسئلة على الاختلاف فيما اذا اثبت
بالاقرار دل على صحته ما ذكر فى الجامع الصغير ميراث قسم بين الغرما فانه لا
يوخذ منهم كفيل ولا من وارث وقال هذا شى احتاطه القضاة وهو ظلم
ولم يفصل بينهما اذا ثبت الوارثة بالبينة او بالاقرار وعندهما ياخذ الكفيل
وانما لم ياخذ عنده لانه اخذ الكفيل للمجهول وهذا المعنى يشتمل الثابت بالبينة
والثابت بالاقرار ولا وجه ان يقال ياخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا وجه
ان ياخذه للميت لان حق الميت فى تسليم ماله الى مربيه او عن ماته وقد
اثبت الحاضر وراثته ودسه ولا معنى للاشتغال باخذ الكفيل ارايت لو لم
يجد كفيلا كان يمنعه حقه وقال عامة العلما رحمهم الله تعالى هذا قول الكل
وهو الاصح لوجهين احدهما ان محمدا رحمه الله تعالى لم يحك خلافا والثانى
انه رحمه الله تعالى علل فى الاصل وقال لانه انما قبضه على اقرار من الذى المال
فى يده ولم يستحقه ببينة وهذا التعليل انما يجى على قول ابى حنيفة
رحمه الله تعالى اما على قولهما الاقرار والبينة سوا فعامة العلماء رحمهم
الله تعالى فرقوا لابى حنيفة رحمه الله تعالى بينهما اذا ثبت الوارثة بالبينة وبينهما
اذا ثبت بالاقرار والفرق ان الثابت بالاقرار دون الثابت
بالبينة لان الاقرار حجة فى حق المقر خاصة والبينة حجة فى حق الناس
كافة واذا كان دونه لم يجر التسوية بينهما اذ التسوية بين الناقص والكامل
لا يجوز وقلنا فى الاقرار لا يعطى كما لم ياخذ كفيلا وفى البينة يعطى من
غير كفيل اظهارا للانحطاط مرتبة الناقص عن رتبة الكامل وهذا لان ظهور
الحق بالبينة فوق ظهوره بالاقرار فلا يلزم من التاخير عند عدم الظهور

بوصف الكمال التاخير عند الظهور بوصف الكمال بزيادة الظلم ونقصانه وذكر في الزيادات اذا احال المديون رب دينه على مديونه حوالة مطلقة غير مقيدة بما عليه من الدين فلم يقبض المحتال له حتى مات المحيل وعليه ديون يؤخذ الدين من المحتال عليه ويقسم بين غرمايه لا حق للمحتال له في ذلك لانه صار غريما للمحتال عليه وقد يزاحم غرما المحيل لكن القاضي ياخذ من كل واحد من الغرما بكفيل ثقة لان للغرما مزاحما في هذا المال لان المحتال عليه لو ادى دين المحتال يستوجب الرجوع في تركة المحيل لان السبب وهو قبول الحوالة كان في صحته كمن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او كفل بالدرك ثم ذاب في مرض الكفيل اذا استحق المبيع بعد موت البايع فانه يشارك غرما البايع لوجود السبب في حالة الصحة ولو مات المحتال عليه مفلسا كان المحتال له ان يشارك غرما المحيل فيما اخذوا لان ماله ببطلان الحوالة وعود الدين اليه واذا تيقن القاضي بالمزاحم ياخذ منهم كفيلا احتياطا للمستحق حتى اذا ظهر المزاحم امكنه التدارك وقيل هذا قولهما اما على قوله لا ياخذ منهم كفيلا احتياطا نظرا للمستحق حتى اذا ظهر المزاحم امكنه التدارك وقيل هذا اما على قولهما اما على قوله لا ياخذ منهم كفيلا بنا على ما ذكرنا من مسئلة الدعوى والجامع الصغير والاصح ان هذا قول الكل والفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى وهو ان في الميراث القاضي لم يتيقن بالمزاحم بل هو موهوم وهنا تيقن الا انه مجهول جهالة يسيرة اما هذا او ذاك والجهالة اليسيرة تحتمل في الكفالة فان قيل اذا علم القاضي بالمزاحم ينبغي ان يعزل نصيب المزاحم ويقسم الباقي بين الغرما او الورثة كرجل مات وعليه ديون واحد الغرما غايب وعلم القاضي به فانه يعزل نصيب الغايب ويقسم الباقي قيل له ثمة المستحق معلوم عند القاضي فكان له ان ينصب عنه خصما ويعزل نصيبه اما هنا قيام حق الغير معلوم والمستحق مجهول جهالة يسيرة فاثبتنا حكما بينهما وقلنا لا يعزل النصيب لمكان الجهالة ولاجل ان الجهالة يسيرة يستوثق باخذ الكفيل وفي الميراث المستحق موهوم فلا ياخذ عملا بالدليل في كل فصل بقدر الامكان ثم اذا دفع المال اليه بكفيل ثم جاء صاحب المال حيا فالجواب ما ذكرنا في الوصية والاخ ولو تحقق موته وجا وارث اخر لم يضمن الذي كان قبله المال لانه دفع بامر القاضي و قد صح امره والضمان على القابض وكفيله لان القابض اخذ المال لنفسه بغير حق والوكيل ضمن عنه غير ان الثاني ان اقام البينة على البنوة وانكر بنوة الاول ياخذ منهما جميع المال لان بنوة الاول ما ثبتت

ما ثبتت بالبينة فلا يظهر في حق الثاني لانه ظهر انه اقرار على الغير الا ان يقيم الاول البينة على البنوة فحينئذ يرجع الثاني بنصف المال على ايهما شاء وكذا ان لم يقم البينة ولكن صدقه الاول فان رجع على القابض لا يرجع هو على الكفيل وان رجع على الكفيل رجع هو على القابض ان كفل بامره قال محمد رحمه الله تعالى وكذلك جميع ما وصفنا من اقرار الذي قبله المال بالوصية والميراث للاخ فان القاضي اذا دفع المال الى المقر له ياخذ منه كفيلا بجواز ان يظهر الامر في الثاني بخلاف ما اقر فياخذ كفيلا نظرا للغايب ولو لم يقر صاحب اليد بشي مما ذكرنا لكن ادعى رجلان له على صاحب المال الف درهم دين وانه مات وصدقه الذي قبله المال لم يلتفت الى ذلك ولا يامر بدفع المال الى المدعي في الفصول كلها حتى يحضر وارث او وصي لانه اقرار على الميت او على الوارث وهذا لانه لو لم يدع الدين على الميت لكن ادعى الوصية بهذا المال وان الموصي قد مات وصدقه بذلك الذي قبله المال والمدعي يزعم ان للميت وارثا غايبا او قال لا ادري له وارث فان القاضي لا يلتفت الى اقرار الذي قبله المال وان اقر للمدعي بجميع ما في يده لان الذي قبله المال ليس بخصم للمدعي من الوصية حتى لو انكر وصيته واقام المدعي البينة عليه لا تسمع فهنا اولى ان لا يلتفت الى اقراره وهو لا يقر بعين ما في يده من المال بل يقر بالدين في ذمة الميت وهو ليس بخصم عنه هذا اذا زعم المدعي ان للميت وارثا غايبا او قال لا ادري اله وارث ام لا فان ادعى الغريم انه كان من اهل الارض اسلم ولم يوال احدا ومات ولم يدع وارثا وصدقه الذي قبله المال فان القاضي لا يعجل بالقضا بل يتانى في ذلك فان فعل ولم يظهر له وارث جعل للميت وصيا يقبض المال من الذي قبله ثم يامر المدعي باقامة البينة على حقه فان اقام قضى له لانه لما تانى زمانا ولم يظهر له وارث ولا وصي ان هذه تركة مهملة ليس لها وارث ولا وصي فيكون ورثته عامة المسلمين فكان على القاضي ان ينصب لها وصيا حتى يستوفي ما للميت على الناس ويوفي ما على الميت للناس ويكون حضوره كحضور الوارث فيجعل خصما للذي يدعي عليه الدين عن الميت فرق بين هذا وبين ما اذا ادعى ان الميت اوصى له بالمال الذي قبله او انه وارثه وزعم انه لا وارث له غيره وصدقه الذي قبله المال الذي قبله المال وتانى القاضي في ذلك زمانا حيث امر الذي قبله المال بدفع المال اليه فلا ينصب وصيا فلا يكلف المدعي اقامة البينة على ما ادعى من الميراث والوصية والفرق ان في الوصية والميراث اقر ذو اليد للمدعي بعين ما في يده لان الموصى له الوارث يستحقان عين التركة فصار مقرا على نفسه فاذا لم يظهر وارث اخر امر بالدفع وفي الدين لم يقر بعين ما في يده لان حق

الغريم ليس في عين التركة فلم يكن مقرا على نفسه بل اقر على الميت وهو ليس بخصم
عنه فلا يثبت ما اقر به الا بالبينة فاذا اقام البينة على الوصي قضي له ودفع
اليه لان البينة قامت على خصم وادعى رجل على الميت فانه ينصب وصيا
وصيا ويسمع البينة عليه ويقضي الدين بخلاف قضاء الثابت بالبينة
واذا اقام البينة على الوصي قضي له ودفع اليه لان البينة قامت فصار الثابت
بالبينة كالثابت معاينة الا ترى انه لو علم الوصي بوارث غايب وادعى رجل على
الميت فانه ينصب وصيا ويسمع البينة عليه ويقضي الدين بخلاف ما لو
ادعى الوصية او الوارث فانه يدفع من غير نصب الوصي لان حقه تعلق
بالعين وهو مقر له به فاذا لم يظهر مستحق آخر يدفع اليه فان دفع اليه ثم
جاء صاحب المال رد القاضي ذلك القضي لانه ظهر انه اخطاء في قضائه
وان نصب الوصي كان باطلا لانه لا ولاية له في مال الغايب الا فيما فيه نظر
وليس له ولاية قضاء دينه وان اخذ القابض كان فاسدا فوجب رده ان كان قائما
وان كان مستهلكا ففي الوجه الاول وهو ما اذا كان المال في يده غصبا فهو
بالخيار ان شاء ضمن الدافع وان شاء ضمن القابض لما قلنا وفي الوجه الثاني
وهو ما اذا كان وديعة له ان يضمن القابض وهل له ان يضمن الدافع عند ابي يوسف
رحمه الله تعالى لا وعند محمد رحمه الله تعالى له ذلك لما قلنا وفي الوجه الثالث
وهو ما اذا كان دينا فله ان يرجع بدينه على الغريم وليس له تضمين القابض
وفي الوجه الرابع وهو ما اذا وقع المال في يده من غير التزام الحفظ فلا ضمان
عليه على القابض لما مر ولو تحقق موته وجاء وارثه وجحد الدين فالقضاء ماض
ولا يكلف المدعي اقامة البينة لان نصب القاضي الموصي عن الميت حال
غيبة الوارث كنصب الميت فصح القضاء والدفع اليه كما لو اقام البينة
على وصي الميت ثم حضر الوارث فرق بين هذه المسئلة وبين ما
ذكرنا قبل هذا وهو ما اذا ادعى الميت وجحد الذي قبله المال واقام المدعي
البينة على ذلك فقضى القاضي بكونه وصيا وامر بدفع المال اليه و
هلك في يده ثم جاء الوارث وظهر ان الشهود عبيد كان للوارث
تضمين الوصي فلم يجعل رضى القاضي وهي المثبت في تلك المسئلة وجعله
وصي الميت في هذه المسئلة والفرق ان هنا هذا وصي القاضي في تركة
الميت حقيقة ومعنى فانه نصبه وصيا في تركة الميت وله هذه الولاية
لانه اذا كان الوارث غايبا ولم يكن للميت وصي ووصي القاضي حقيقة
ومعنى بمنزلة وصي الميت في حق الكل اما في تلك المسئلة القابض للمال

للمال وصي القاضي معنى لانه قبض المال بامر القابض بعد موت صاحب المال ووصي
القاضي من يقبض المال بامر القاضي بعد موت صاحب المال اما ليس بوصي
له حقيقة فانه لم ينصبه وصيا في تركة الميت فعملنا بهما على ما مر ولو ادعى رجل
ان صاحب المال توفي واوصى اليه وصدقه الذي قبله الحق في المال فانهما لا
يصدقان في شيء من ذلك ولا يؤمر ذو اليد بدفع المال الى المدعي الا في
الغريم خاصة فانه يصدق ويؤمر بالدفع اليه وهو قول محمد رحمه الله
اولا ثم رجع وقال لا يصدق ايضا فلا يدفع اليه الدين وهو قول ابي يوسف
رحمه الله تعالى اما اذا كان المال عينا عند المقر لا يصح اقراره لانه اقر انه
وكيل صاحب المال يقبض ما عنده من الغصب والوديعة بعد وفاته وانه
اقرار على الغايب وهو الوارث او الموصى له ان كان اوصى بهذا المال لغيره
فلا يصح اقراره كما لو ادعى انه وكله بقبض الوديعة من فلان وصدقه المودع
لا يلتفت اليه ولا يؤمر بالتسليم اليه كذلك هنا واما في الدين واما في الدين
وجه قوله الاول ان الغريم اقر على نفسه بتسليم ماله اليه لان الوصي وكيل
بقبض ما عليه من الدين بعد وفاته فصار كالوكيل حال حياته ولو ادعى
الوكالة بقبض ما عليه من الدين في حال حياته وصدقه المديون يجبر على
التسليم اليه لانه اقرار على نفسه لانه يقضي الدين من خالص ماله بخلاف ما
لو اقر انه وكيله بقبض الوديعة وجه قوله الاخر وهو انه ان كان اقرارا على
نفسه من الوجه الذي ذكر ثم فهو اقرار على الغايب من وجه ودعوى ابراءه
نفسه بدفع المال اليه فانه لو دفع الدين اليه وذكر ان الغايب كان قد مات
مراهوبا لدفع اليه لانه دفع بامر القاضي وقد صح امر القاضي متى كان
صاحب المال ميتا وكان الوارث غايبا حتى لو جاء الوارث وانكر وصايته
لا يكون له ولاية اتباع الغريم فيؤدي الى ان يبرا عن الدين بقوله من غير حجة
ظاهرة فان كان يصح اقراره من ذلك الوجه لا يصح من هذا الوجه بخلاف
ما لو اقر بوكالته بقبض ما عليه من الدين حال حيوته لان القضاء يكون عليه
خاصة لا على الوكيل حتى لو حضر وانكر الوكالة كان ان ياخذ المال من
الغريم وان دفع اليه بامر القاضي لانه لا ولاية للقاضي في مال الحي فلا
يكون قضاء براءة الغريم فرق محمد رحمه الله تعالى على قوله الاول لا يلتفت
اليه ففي الوجه الاول بينهما اذا ادعى انه اوصى له وبينما اذا ادعى انه اوصى اليه
ففي الوجه الاول لا يلتفت اليه ولا يؤمر بتسليم الدين اليه وان صدقه
وفي الوجه الثاني يؤمر لان في الوجه الاول يدعي الملك على الميت
وبتصادقهما ليس بحجة في حق الملك على الميت والموصى له ليس نايب

عن الميت لانه يملكه ملكا جديدا اما هنا اثبت النيابة عن الميت و يقبض
المال ليحفظه للميت والمديون خصم في حق الميت فكذا في حق
نايبه ثم فرع على قوله الاول فقال اذا دفع المال الى الوصي باقرار الغريم واقراره
حجة في حق نفسه ليس بحجة على غيره كان هذا بمنزلة ما لو اقر بوكالة رجل بقبض ما
عليه من الدين حالة الحياة وامر بالدفع اليه فانه يكون قضا على الغريم خاصة
لا على الوكيل كذلك هنا ولا يوخذ منه كفيل بخلاف ما تقدم لان الغريم
لو اخذ منه الكفيل وانما ياخذ اما لنفسه او لصاحب الدين ان كان حيا او الورثة
ان كان ميتا لا وجه الى الاول لان في زعمه انه وصي وان المقبوض امانة في يده
غير مضمون عليه الا ترى انه لو ادعى الوكالة في حيوته وصدقه امر بالتسليم
اليه ولا يوخذ منه كفيل بخلاف ما تقدم لان ثمة اخذ
المال بجهة التملك فيكون مضمونا على القابض فجاز اخذ الكفيل ولا وجه
الى الثاني والثالث لانه ليس لصاحب المال ما دام حيا ولا لورثته بعد
وفاته تضمين الوصي القابض لانه لم يقبض ما لهما فلا معنى الكفيل منه ثم اذا
دفع المال الى الوصي على قول الاول فالمسئلة على وجهين اما ان جاء صاحب
المال حيا او تحقق موته وجاء وارثه ففي الوجه الاول ليس له ان يضمن
القابض وله ان يرجع على الغريم بدينه ثم الغريم يرجع على الوصي ان كان المال
قائما في يده فياخذه منه بعينه لما ذكرنا انه انما دفع ليسلم له ما في ذمته ولم يسلم
الا ترى انه لو دفع الدين الى الكفيل في حال حيوته ثم جاء صاحب المال وانكر
الوكالة واخذ الدين منه كان له ان يرجع على الوكيل ان كان قائما في يده فكما كذلك
هنا وان كان المال هالكا في يد الوصي له ان يضمنه فرق بين هذا وبين ما
اذا ادعى الوكالة حال حيوة صاحب الدين وصدقه الغريم ودفع اليه وهلك
في يد الوكيل المستوفي ثم حضر صاحب الدين وانكر الوكالة ورجع على الغريم
بدينه وانه لا يرجع فانه لا يرجع الغريم على الوكيل والفرقان في الوكالة زعم
ان الوكيل اخذ المال بحق الا ان صاحب المال حيث انكر الوكالة فليس له ان
يظلم غيره وهنا لا يزعم انه اخذ بغير حق وان اقر انه وصي لانه الوصي ليس له ولاية
القبض في حال صاحب الموصي ولان الغريم في الموضعين اقر ان ما قبضه القابض
قبض باذن صاحب المال وانه لا ضمان عليه متى هلك في يده الا انه في مسئلة
الايصا صار مكذبا حقيقة لانه انما يصير وصيا بقبض صنوعة بعد موته فاذا جاء
حيا ظهر بطلان تصديقه بيقين فبقي قبضه بغير حق فصادف جواد اقراره
وعدمه بمنزلة ويكون التكذيب الحقيقي للغريم في اقراره بمنزلة
تكذيب المقر اذا التكذيب الحكمي بل اقوى منه وفي مسئلة الوكيل الغريم لم يصر

لم يصر مكذبا في اقراره بمجي الموكل وانكاره لا حقيقة ولا حكما في حق الغريم ففي
اقراره فوجب العمل به في حقه وفي الوجه الثاني وهو ما اذا جاء وارثه وانكر وصايته
فهذا على وجهين اما ان دفع الغريم المال الى المدعي بعد ما صدقه في دعواه بغير
قضا او بقضا بان امره بدفع المال اليه ففي الوجه الاول لم يكن له تضمين القابض
وله ان يرجع على الغريم بدينه اما لا يضمن القابض لانه لم يقبض حقه انما قبض
مال المديون واما رجع على الغريم لانه لم يدفع الدين الى صاحب الدين ولا الى وكيله
ولا الى من له ولاية القبض لان القاضي لم يامره بدفع الدين اليه ويرجع الغريم
على القابض ان كان قائما في يده وان كان هالكا ليس له تضمينه لانه اقر انه وصي
الميت وان المقبوض كان امانة في يده ولم تكذبه الحقيقة في هذا الاقرار
لجواز ان يكون الوارث مبطلا في الانكار وفي الوجه الثاني وهو ما اذا دفع
بقضا لم يكن للوارث تضمين الغريم ولا تضمين القابض لان الغريم دفع الدين
بامر القاضي وقد صح امره فبرا الغريم بالدفع اليه فلا يرجع عليه والقابض لم
يقبض ما له او قبض بامر القاضي هذا كله تفريع على قول الاول ولو ان الذي قبل
المال لم يقر بشي مما ذكرنا ولكنه قال القاضي هذا المال لرجل مات ولم يدع وارثا
او الفلان على دين ومات ولم يدع وارثا فان القاضي يتانى في ذلك ولا يعجل
لجواز ان يظهر الامر بخلاف ما اقر فيحتاج الى نقض قضائه واخذ منه كفيلا بنفسه
على قدر ما نظر لجماعة المسلمين لان هذا المال تعرض ان يصير لجماعة
المسلمين فلو لم ياخذ منه كفيلا بنفسه ربما ينصب فلا يصل جماعة المسلمين
الى حقوقهم فاذا مضت مدة التاني ولم يحضر وارث او موصى له اخذ المال منه
فجعله في بيت المال لانه مال ميت لا وارث له ولا موصى له فيكون لجماعة
المسلمين والخصم في مال المسلمين هو القاضي فلو قسمه بين جماعة المسلمين
ثم جاء صاحب المال حيا ففي الوجه الاول وهو ما اذا كان غصبا وهو بالخيار
ان شاء ضمن الغاصب وان شاء اخذ من بيت المال فان اخذ من الغاصب
رجع هو في بيت المال وان رجع في بيت المال لا يرجع بيت المال على آخذ
بمنزلة غاصب الغاصب وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان وديعة له ان ياخذ
مثله في بيت المال وهل له ان يضمن المودع فعلى الخلاف الذي ذكرنا وفي
الوجه الثالث وهو ما اذا كان دينا ليس له ان ياخذ من بيت المال لكن وفي الوجه
الرابع وهو ما اذا كان المال وصل اليه قبل ان مسه له ان ياخذ من بيت المال
وليس له ان يضمن الدافع وصار الجواب في هذه المسئلة في الفصول كلها كالجواب
فيما اذا اقر ذو اليد بان هذا حق الميت وارثه ولا وارث له غيره ودفع
القاضي المال اليه بعد ما يتانى به ثم جاء صاحب المال حيا على ما ذكرنا ولو تحقق موته

وجاء وارثه وهو معروف فاذا قام البينة ليس له ان يضمن الدافع ويرجع في بيت المال لما مر ولو اقر الذي قبله المال ان صاحب المال مات وان هذا الرجل وله عليه الف دراهم دين ساله القاضي اترك وارثا ام لا فان قال نعم فلا خصومة بينهما لان الخصم هو الوارث او الوصي في دعوى الدين على الميت وان قال لا فان القاضي في ذلك لم يظهر وارث او وصي او موصى له جعل الميت وصيا ويقول المدعي الدين اخصم البينة عليه لان الخصم في مثل هذه الصورة عامة المسلمين فينصب عنهم خصما فان اثبت المال عليه والا يصرف في بيت المال فلو جعل ذلك ثم جاء صاحبه حيا او وارثه فهو على ما ذكرنا وكذا لو حضر موصى له بجميع المال لانه بمنزلة الوارث عند عدمه مقدم على بيت المال فصار حضرته كحضرة الوارث وهذا عندنا وعند الشافعي رحمة الله تعالى محل الوصية للثلث سواء كان له وارث او لم يكن لان من لا وارث له جماعة المسلمين فكما لا يملك ابطال حق الورثة بالوصية بجميع المال لا يملك ابطال حق جماعة المسلمين بالوصية ولهذا قال ان مجهول النسب اذا عقد عقد الموالاة لا يصح ولا يستحق به الميراث ولانه اسباب الارث معلومة شرعا عقد الموالات ليس من تلك الاسباب ونصب الاسباب بالراى لا يكون وحجتنا قول ابن مسعود رحمة الله عنه السايب يصنع ماله حيث احب واراد بالسايب من لا وارث له ولان القياس ان يملك الوصية بجميع ماله بكل حال لكون المحل ملكا له وهو الكاسب وانما المانع حق الوارث ولهذا الفيجاز صح فاذا انعدم الوارث انعدم المانع فيجوز كما تجوز هبته ولانا لو ابطلنا وصيته يوضع في بيت المال ويفرق الى المسلمين والموصى له من جملة المسلمين لو خصه الامام بذلك صح تخصيصه فاذا اخصه صاحب المال وهو تصرف بحكم الملك كان اولى وهذا لان خلافة الوارث المورث في ملكه انما كان على سبيل النظر للمالك فان الظاهر ان الانسان يوثر قرابته على الاجانب في هذه الخلافة ولهذا يقدم الاقرب على الابعد لانه يوثر الاقرب على الابعد عادة فما دام هناك اخذ من قرابته فقد وجد النظر من الشرع له فوقع الاستغناء عن نظره لنفسه فاذا لم يكن هناك اخذ من قرابته وقت الحاجة الى نظره لنفسه فاذا فعل ذلك بالوصية او بعقد الموالات كان ذلك منه في خالص حقه على سبيل النظر منه لنفسه فيكون صحيحا بمنزلة الوصية بثلث ماله الا ترى ان مثل هذا النظر منه لنفسه في حال حياته صحيح بتمليك المال منه بعوض وبغير عوض وكذلك اثبات الخلافة لغيره بعد موته وحاصل كلامه في الموالاة يرجع الى عدم الدليل فان اثبات هذه الخلافة بطريق العقد قصدا مشروع بالاتفاق وهو النكاح فكانه يقول لم يقم الدليل

لم يقم الدليل على ان تقعد المولاة سبب الوارث ونحن نقول نجعل هذا العقد قائما مقام ما ورد به الشرع من الاسباب لاثبات الخلافة وكذلك في الوصية بجميع المال للدليل الذي قلنا انه

باب من الوصايا ايضا

اصل الباب ان الوصي اذا كان له ثلث مال حقيقة واعتبارا بان لم يكن عليه دين يصح وان لم يكن له ثلث بان كان الدين مستغرقا للتركة لا يصح الا باجازة الغرما لان محل الوصية الثلث ففي الوجه الاول صادفت خالص حق الموصي فيصح وينفذ وفي الثاني صادفت حق الغير فلا يصح الا باجازة ذلك الغير وبيان مصادفته حق الغير تقدم الدين على الوصية لحديث علي رضي الله عنه انكم تقرؤون الوصية قبل الدين وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدا بالدين قبل الوصية وقيل لابن عباس رضي الله عنهما انك تامر بالعمرة قبل الحج وقد بدا الله تعالى بالحج فقال لجل وعلا واتموا الحج والعمرة لله كيف تقرؤون اية الدين فقالوا امن بعد وصية يوصي بها او دين فقال فبماذا تبدؤون قالوا بالدين قال هو ذلك ومعناه ان في الاية تقديما وتاخيرا والمعنى فيه ان قضاء الدين من اصول حوايجه فانه يفد به رهانه ويخلصه من النار ويخلصه من النار لقوله عليه الصلوة والسلام الدين حائل بينه وبين الجنة ولهذا قال عليه الصلوة والسلام هل على صاحبكم دين وتنفيذ الوصية ليس من اصول حوايجه وحاجته مقدمة كما في الكفن ثم الذي مستحق عليه والوصية مستحقة عليه وصاحب الدين ليس يتملك ما ياخذه منه ابتدا ولكنه في الحكم ياخذ ما كان له بمنزلة الوديعة او العارية ولهذا ينفرد به اذا ظفر بجنس حقه والموصى له يتملك ابتدا بطريق التبرع وروي ان رجلا اعتق عبدا في مرضه وعليه دين فاستسعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فانما فعل ذلك لانه قدم الدين على الوصية ولهذا قلنا ان الدين المستغرق يمنع ملك الوارث وكذا الدين القليل في قول ابي حنيفه رحمه الله تعالى اولا فكانت الوصية بالثلث او دونه بمنزلة الوصية بما زاد على الثلث عند عدم الدين في حق التوقف على الاجازة والوصية في محلها مقدمة على الميراث حتى لا يعتبر ذلك من التركة لان الله تعالى اخر الميراث عن الدين والوصية بقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين والمراد الوصية بقدر الثلث فيكون محلها الثلث لقوله عليه الصلوة والسلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم وبحديث سعد رضي الله عنه ولان تنفيذ الوصية من حوايج الميت ايضا فاما ما زاد على الثلث تقدم الميراث عليها لان حق الورثة يتعلق بذلك في مرضه فلا تنفذ الا باجازتهم وانما تعتبر الاجازة بعد الموت لا قبله لان العقد ينعقد عند الموت ولهذا يعتبر القبول بعد الموت

ولهذا تنفسخ الوصية بما لا يملك شيئا عند العقد ويستحق ماله عند الموت فاذا مات رجل
مازاد على الثلث في ملك الورثة دخولا مراعى فان اختاروا اخرج من ملكهم وعاد
الى حكم ملك الميت فاستحقه الموصي من ملكه وان ردوا نفذ دملكهم فيه لان
الموت يوجب زوال ملكه وانتقال التركة الى الوارث الا ان يكون هناك حق
متعلق بها والوصية بما زاد على الثلث ليس بلازم فلا يمنع الانتقال فصار
كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري عندهما ان المبيع يدخل في ملك
المشتري دخولا مراعى فان فسخ عاد الى ملك البايع وان اختار استقر ملكه
الا اذا نفذ بوصيته بشئ لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه كالعتق بان الاعتق
عبده في مرضه فانه لا يرد لان العتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض لكن
استسعى العبد في قيمته ان كان عليه دين لما روينا او فيما زاد على الثلث
ان لم يكن عليه دين لحق الورثة ليكون ردا من حيث المعنى حتى لو كانت الوصية
بالاعتاق يرد كسائر الوصايا وحرف اخر النكول في مجلس القاضي يجوز
القضا به كالبينة الا في اشياء مخصوصة عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى
بناء على ما ذكرنا ان عنده بذل فيه شبهة الاقرار وعندهما اقرار وعندهما
اقرار فيه شبهة البدل وحرف اخر ان حكم في حق الحكمين بمنزلة
قضا القاضي وفي حق غيرهما بمنزلة الصلح لان ولايته عليهما يثبت
تراضيهما ولهما ولاية على انفسهما لا على غيرهما فمن حيث انه حاكم في
حقهما يشترط فيه الاهلية للحكومة والشهادة حتى ينفذ حكمه عليهما حتى لو حكما
محدودا في قذف او فاسقا او اعمى او صبيا او عبدا او امراة في قصاص وكافرا فحكم
لا يجوز حكمه ومن حيث خروجه انه ليس بحاكم في حق غيرهما جعل حكمه بمنزلة
الصلح حتى لو تنازعا الى القاضي بعد ما حكم فان وافق رايه امضاه وان خالف
ابطله وان كان ذلك مما يختلف فيه الفقهاء رحمهم الله تعالى وقال ابن
ابي ليلى رحمة الله تعالى حكم الحاكم حكم الحاكم بينهما في المجتهدات نافذ ولا
يبطله الا ان يكون مخالفا للنص او اجماع لانه فيما بينهما صار كالحاكم المولى ولهذا
يلزمهما حكمه ولا علل احدهما الرجوع عنه وحكم الحاكم في المجتهدات
نافذ لا يبطله قاض اخر فكذلك حكم الحاكم ولان حكم الحاكم
لو اراد ان يبطل حكم نفسه في المجتهدات لم يكن له ذلك فكذلك
لا يكون للقاضي ان يبطله لكنا نقول سبب هذا الحكم اتفاق الخصمين
فيكون بمنزلة اصطلاحهما على شئ بالتراضي ولو اصطلحا في المجتهدات
على شئ ثم دفع الى القاضي له راي في تنفيذه وابطاله وهذا لانه ليس لهما
ولاية على انفسهما على غيرهما وقد كان للقاضي راي في هذه الحادثة لو ارتفعا

لو ارتفعا البينة قبل حكم الحاكم بينهما فلا يبطل حكمه حكم الحاكم ولانه لا ولاية
للحاكم على المجتهدين في هذه الحادثة في تقديم قول البعض وانما ولايته
على نفسه وعلى الخصمين فلا يصير المجتهد فيه بحكمه كالمتفق بخلاف
القاضي المولى لان له ولاية على الناس كافة لان لمقلده وهو الخليفة ولاية على الناس
كافة وانما ينفذ اذا وافق رايه لا لان حكمه يلزم القاضي شيئا ولكن لانه لو نقضه
احتاج الى اعادة مثله فيكون اشتغالا بما لا يفيد وانما لم ينقض الحكم بنفسه لزوال
ولايته حين حكم بينهما وحرف اخر انما يتصرف بحكم الامر كالوكيل فاذا خالفه لا ينفذ
تصرفه والوارث قائم مقام المورث في التصرف فكل ما صح من الموت يصح من
الوارث وحرف اخر ان جهالة الموصى له والموصى به اذا كانت مستدركة
لا تمنع صحة الوصية لان اثر الجهالة ليس الا التعليق بشرط البيان في العين
والوصية نفسها معلقة بالموت وهذا لان الجهالة لا تربو على العدم وعدم
الموصى له او الموصى به لا يمنع صحة الوصية فالجهالة اولى الا اذا كانت فاحشة واختلف
الفرض فحينئذ لا تصح اذا عرفنا هذا قال محمد رجل مات وترك ثلاثة
اعبد قيمة كل عبد ثلثماية درهم لا مال له غيرهم وترك ابنا واحدا لا وارث
له غيره فادعى احدهم ان المولى اعتقه في مرضه فجحد الابن ذلك ورفعه الى
القاضي ولا بينة للعبد استحلف الوارث بالله ما نعلم ان اباه اعتقه في مرض
موته كما قال لان الاستحلاف مشروع عند عدم البينة كما قال عليه الصلوة
والسلام للحضرمي الك بينة فقال لا فقال لك يمينه وتكلموا انه
يستحلفه القاضي من غير التماس العبد او بعد التماسه بعضهم قال بعد التماسه
كما في ساير الدعاوى حتى لا يؤدي الى انشا الخصومة وقال شيخ
الاسلام علي الاسبيجابي رحمة الله تعالى والصحيح انه يحلفه من غير
التماسه لان في العتق حق الشرع فجاز ان يكون القاضي خصما بنفسه من هذا
الوجه هكذا هنا وذكر هو في باب السلسلة من الزيادات ان ادعى العبد
يحلف والا فلا على قياس قول ابي حنيفة رحمة الله تعالى وعندهما يحلف
من غير دعوى فما اختار هنا قولهما وقد ذكر المسئلة في الدعوى فان حلفه
فنكل يقضي بغير سعاية اما القضا بالعتق فلما ذكرنا ان النكول في كونه
دالا على صدق المدعي مثل البينة في الاموال واما بغير سعاية وان كان
وصيته لانه يخرج من الثلث الا ترى ان الوارث لو اقر ان الميت اعتقه في
مرضه يعتق بغير سعاية لان الوصية صادفت محلها وهو الثلث فصحت
ونفذت فاذا كان بعضنا كان او لحقان فقضى بعتقه ثم ادعى عبدا اخر
مثل ذلك واستحلفه القاضي فنكل فان القاضي يحلفه جزا ويقضي عليه

بالسعاية وكذلك ان ادعى الثالث مثل ذلك عند القاضي ونكل الوارث وان صار
كالمقر للثاني والثالث بالعتق وكالباذل بطريق الوصية لكن فيما زاد على الثلث
وحكمت العتق بطريق الوصية فيما زاد على الثلث هذا وهذا لان الثلث صار
مصروفا الى الاول بقضاء القاضي بناء على حجة مطلقة فصار الاقرار الثاني
والثالث وقعا في غير محل الثلث ضرورة لانه حين قضى القاضي للثاني والثالث
لم يكن للميت ثلث ولا اعتبار لان الثلث صار مسلما الى الاول بقضاء القاضي
فلم يصر الوارث ضامنا لذلك في حق الثاني والثالث حتى يصير كالقائم
اعتبارا فصار كما لو اعتق في مرضه وعليه دين مستغرق وصار كما لو ادعى رجل
الوصية بالثلث ودفع اليه بقضاء ثم ادعى آخر واقر له لا يستحق شيئا لان
الثلث صار مستحقا للاول وهذا لان صحة الاول يمنع صحة الثاني لان
الاول رجح بالقضاء وانصراف الثلث اليه فلم يبق للثاني وصية الا ان العتق لا
يحتمل الرد فيسعى في قيمته بخلاف ما لو اقام الثاني البينة فانه يزاحم الاول في
لان البينة حجة مطلقة والاول ملحق بالحجة المطلقة عند اتصال القضاء
بها فصارا سواء في الاستحقاق فظهر ان القاضي اخطأ في صرف ذلك الثلث
الى الاول فيسترد منه كما في الوصية بثلث المال اما هنا لم يوجد ما هو
ملحق بالحجة المطلقة في حق الثاني فلا يصلح مزاحما للاول فرق بين
هذه المسئلة وبين ما ذكرنا في الاقرارات الوارث اذا اقر بعتقهم على التعاقب
بكلام مفصول فانه يعتق كل الاول من غير سعاية ويعتق الثاني ويسعى في نصف
قيمته والثالث يعتق ثلثه بغير سعاية ويسعى في ثلث قيمته لانه حين اقر
بعتق الاول لا مزاحم له وهو يخرج من ثلث ماله فيعتق من غير سعاية فلما اقر
الثاني فقد اقر ان الثلث يثبت للاول والثاني واقرانه استهلاك على الثاني
نصف الثلث فصار ضامنا لان الثلث صار مسلما الى الاول بغير قضاء
فصار نصف العبد الاول فائتا الى خلف فكان قائما اعتبارا فلما
اقر للثاني صار في كلامه معنيان اقرارا للثاني بالنصف ورجوع عن
الاول عن النصف فصح الاقرار ولم يصح الرجوع فاذا اقر للثالث فقد
زعم ان الثلث بينهم اثلاثا وانه استهلك ثلثي الاول باقراره الاول وثلث
الثاني فصار ثلث الاول وثلث الثاني قائما اعتبارا فيعتق من ثلث
المال ثلث الثالث فعلى هذا القياس كان ان يكون هنا كذلك اما
اذا كان النكول بمنزلة الاقرار فظاهر وان كان بمنزلة البذل فهو اولى
لانه اقل درجة من الاقرار والفرق ان الاقرار حجة قاصرة يظهر في حق
المقر فحسب فجاز ان لا يعتبر في حق الثاني بخلاف القضاء بناء على النكول لانه

لانه قضاء مطلق فلا يمكن ان يجعل عدما في حق الثاني الا ترى ان المشتري لو رد
المبيع على الوكيل بالبيع بالعيب بنكوله كان ردا على الموكل وان رد باقراره لا يكون ردا
على الموكل وان كان بقضاء لكن له ان يخاصم الموكل ويرد عليه وهذا لان النكول وان كان
بمنزلة الاقرار لكن بمنزلة اقرار حصل بعد الدفع بقضاء القاضي لان النكول
لا يصير حجة من غير قضاء الا ترى ان قبل القضاء لو قال الناكل انا احلف فانه
نزل وقال وبعد القضاء بالنكول لو قال انا احلف لا ينزل وذلك بخلاف الاقرار
لانه حجة بنفسه فيعتق بنفس الاقرار فصار الثلث مسلما اليه الا ان تسليمه لا يظهر
في حق غيره فيصير ضامنا بالنكول لا يعتق بل الرق قائم بعده ما لم يقض القاضي
والقاضي سلم الثلث الى الاول فلم يصر الوارث ضامنا فاذا اقر للثاني فقد
اقر وليس للميت ثلث لا حقيقة ولا اعتبارا اما حقيقة فلا شك واما اعتبارا
فلانه لم يصر ضامنا بخلاف ما لو قضى بالبينة على التفاوت لانها حجة مطلقة
فظهر الخطأ في طرف كل الثلث الى الاول فيشترك فيه ثم تسمع الدعوى
والبينة من العبد الثاني وان قضى بصرف الوصية الى الاول لانه لا تنافي في
بينهما وجودهما حقيقة وقد ادعى شيئا مقيدا وهو استحقاق العتق وان كان يسعى
فان قيل قضاء القاضي انما ينفذ على الخصم الحاضر لا على الغائب والعبدان الباقيان
غائبان فينبغي ان لا ينفذ القضاء في حقهما كما لا ينفذ حكم الحكم
قيل بان الميت صار مقضيا عليه بالقضاء للعبد الاول فيصير الثاني والثالث
مقضيا عليهما لانهما تلقيا الثلث من جهته بخلاف حكم الحاكم لان الميت ما صار
مقضيا عليه فصار عتق الثاني والثالث باقرار الوارث وهذا لان القضاء
وقع على خصم حاضر وهو الوارث بطريق الاصالة والنيابة عن المورث
الا ان امره يتعدى الى الغائب وهو العبد الثاني والثالث فلم جائز كما لو رد
المبيع على البائع بقضاء معه يتعدى اثر القضاء الى بائعه حتى يرد عليه وكذا
الاستحقاق وغيره فان قيل اذا كان العتق في هذه الصورة باقرار الوارث
يجب ان يعتق الاول كله بغير سعاية والثاني نصفه والثالث ثلثه كما اقر
به نصا على التعاقب قيل له النكول في حق الحاكم المحكم بمنزلة اقرار
سبقه الجحود لانه جحد اولا ثم نكل ولو جحد الوارث عتق الاول اولا وقال
ما اعتقه الاول ثم قال بعد ذلك اعتقه الميت فادعى الثاني عتقه فجحد
الوارث ثم اقر ثم الثالث كذلك عتقوا من غير سعاية لان الثاني يقول
للوارث لما جحدت الوصية الاولى فقد زعمت ان الميت لم يوص له الشيء
فاذا اقررت لي بالوصية فاقراره بالوصية له صحيح في حقه لا في حق عتق
الاول من جهة الوارث لا من جهة الميت فكان قائما معنى اذا ثبت الحكم

في الاقرار الذي سبقه الجحود هكذا فكذا في النكول الذي سبقه الجحود الا ترى
انه لو قال اعتق الى هذا في مرضه ثم قال بعد ذلك بل هذا ثم قال بل هذا فانهم
يعتقون جميعا من غير سعاية لانه لما اقر الاول فقد عتق من غير سعاية لانه يخرج
من الثلث وقوله لا بل هذا رجوع عن الاول واقرار الثاني فلم يصح رجوعه عن الاول
وجاز اقراره للثاني فصار عتق الاول مضمونا عليه في حق الثاني لضرورته مستهلكا
فعتق الثاني بغير سعاية وكذلك الثالث فاذا كان الحكم هكذا من غير سبق الجحود
فعند سبقه اولى والحاصل ان المسئلة على اربعة اوجه اما ان يخاصما الى الحاكم او
الى القاضي او خاصم الاول الى الثاني والثالث الى الحاكم او خاصم الاول الى
الحاكم يحكم بعتقهم بغير سعاية لخروج كل واحد من الثلث على الانفراد وان
تخاصموا الى القاضي يقضي بعتق الاول بغير سعاية ويعتق الثاني والثالث
بالسعاية ولو كان الاول خاصم الى الحاكم وحكم بعتقه بغير سعاية ثم خاصم آخر
الى القاضي ونكل قضى بعتقه بغير سعاية لانه حين قضى للثاني قضى وللميت ثلث
ماله لان ما عتق بحكم الحكم عتق من غير جهة الوارث فكان كالقائم في يده حكما وفي
يده العبد الثالث فكان في يد الوارث ثلثا المال فيكون الثاني ثلث المال
فيعتق من غير سعاية وكذا لو خاصم الثالث فعتق فلا سعاية عليه هكذا اذا ذكر
محمد رحمه الله في الكتاب وقال الفقيه ابو بكر البلخي رحمه الله في
شرح الجامع الذي املاه قوله ولا سعاية عليه غلط وقع من الكاتب بل يعتق وعليه
السعاية لان القاضي حين قضى بالعتق للثالث قضى وليس للميت ثلث مال
لا حقيقة ولا اعتبارا لان الثلث صار مسلما الى الثاني بقضاء القاضي فيجب ان
يعتق الثالث وعليه السعاية كما في مسئلة اول الباب وقيل ما ذكر في الكتاب
صحيح ومعناه ان يدعي العبد الثالث مكان الثاني ولم يدع الثاني ان كان للثاني ادعى
عند الحكم ايضا وحكم بعتقه فيقضي القاضي لعتق الثالث بغير سعاية لانه لم يثبت
الاخرية واحدة بحكم الحاكم او خرجتهما بحكم الحاكم وذلك لا يظهر في حق القاضي والثالث
ولو خاصم الاول الى القاضي ونكل فاعتقه لغير سعاية ثم خاصم الثاني الى حاكم رضيا
به فنكل فانه يحكم بعتقه ويسعى في قيمته لان الحكم في حقهما بمنزلة القاضي في
حق جميع الناس ولو كان مكان الحاكم هنا قاضيا بالعتق بالسعاية وهي مسئلة
اول الباب فكذا اذا كان حاكما محكما وكذا ادعى الثالث مثل ذلك فخاصم الى الحاكم
فنكل نفى بعتقه وسعى في قيمته لما قلنا فان دفع بعد ذلك الى القاضي امضاه لان
حكم الحاكم موافق لراي القاضي لانه لو دفع الثاني والثالث الامر الى القاضي قضى
بعتقه وجعل عليه السعاية فاذا فعل الحاكم ذلك كان حكمه موافقا للشرع ورأي
القاضي فكان عليه امضاؤه رجل مات وترك عبدين يخرجان من الثلث وترك

وترك ابنين واوصى لرجل بان يأخذ العبدين صحت الوصية لانها تصح للمعدوم وبالمعدوم
كما لو اوصى بما تثمر نخيله العام او لم يولد لفلان فبالمجهول اولى لان مثل هذه الجهالة لا يمنع
صحة البيع لانه لو باع من آخر عبدين او اخذ العبدين على ان يأخذ المشتري ايهما شاء
بعشرة ويرد الآخر فانه يصح لان هذه جهالة يمكن تداركها لتعيين من له الخيار لم
لتعيين فلان لا يمنع من صحة الوصية كان اولى وفي العيون لو ان رجلا اوصى بثلث
ماله لفلان او لفلان قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى الوصية باطلة وعن ابي يو
يوسف رحمه الله تعالى انه قال هو بينهما نصفان وروى هشام عن محمد
رحمهم الله تعالى ان هذا الى الوارث يعطي ايهما شاء وليس الى الوصي وجه قول
ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان هذه وصية للمجهول فلا يصح كما اذا اوصى لم
لانسان او رجل من الناس وجه قول ابي يوسف رحمه الله تعالى انه اوصى
بثلثه والوصية الايجاب واثبت الاستحقاق لاحدهما وليس احدهما
باولى من الثاني وجه قول محمد رحمه الله تعالى انه اوجب الثلث وصح
ايجابه الا انه من المجهول فكان التعيين الى الوارث والفرق لابي حنيفة
رحمه الله ظاهر لان في مسئلتنا الجهالة في المحل فصار كالاقرار بشيء مجهول
وفي مسئلة العيون الجهالة في المستحق فصار كالاقرار لاحد رجلين الا ترى
انه لو اوصى بنصيب من ماله او بطائفة من ماله او ببعض او بشقص من ماله او بجزء
يجوز ويعطيه الورثة ما شاؤوا وفي المبسوط انه اوصى لرجل بما في بطن هذه الجارية
ثم ولدت بعد موته لستة اشهر او اكثر ولا وصية له لانه لم يعرف وجوده في البطن وقت
موته الا اذا كانت الوصية معتدة من طلاق او وفاة فولدت الى سنتين منذ طلقها
او مات عنها زوجها لان النسب يثبت من الزوج واذا ثبت النسب حكما بكونه مو
موجودا ولو قال ان كان في بطن فلانة جارية فلها وصية الف وان كان غلاما
فله وصية الفان فولدت جارية لستة اشهر الا يوما وغلاما بعدها بيومين فلهما
جميعا الوصية وان ولدت غلامين او جاريتين لاقل من ستة اشهر فلذلك
الى الورثة يعطون اي الغلامين شاؤوا واي الجاريتين شاؤوا لانه اوصى لغلام
واحد او جارية واحدة لا لهما فكان البيان الى الوارث لانه هو المطلوب قائما
مقام المورث ويجوز ان يقال هذا على قول محمد رحمه الله تعالى
خاصة اما على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى فالوصية باطلة لان رجلا
لو اوصى بثلث ماله لفلان او لفلان فقد روي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى
ان الوصية باطلة لان الموصى له مجهول وروي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى
ان الوصية لهما وروي عن محمد رحمه الله تعالى الخيار الى الورثة فيجوز ان
يقال في هذه المسئلة الوصية باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان

لان الوصية لاحد الغلامين وهو مجهول ويجوز ان يقال في هذه المسألة يجوز عندهم
لان مخرج كلامه صحيح باضافته الى ما في البطن ثم الجهالة انما ظهرت في المستانف
بعد صحة الوصية وبمثله اخرج الكلام مخرج الفساد حتى لم يعين الموصى له واذا صحت الوصية
اعطاه الوارثان ايهما شاءا اثبت خيار التعيين للوارثين وفرق بين هذه
المسألة وبينما اذا اعتق احد عبديه ثم مات قبل البيان حيث لا يثبت للوارث
خيار التعيين ويشيع العتق فيهما والفرق وهو ان الوارثين في الوصية ملكا احد
العبد بغير عينه والموصى له ملك احدهما بغير عينه الا ان المصير الى تعيين
الوارثين اولى لوجهين احدهما ان الاستحقاق متوجه عليهما وهما المطلوبان فيكون
التعيين اليهما كما لو اعتق عبده على الف درهم او مائة دينار وقبل والثاني وهو انهما
قاما مقام المورث فانه هو ولو كان حيا كان التعيين اليه لانه هو الذي اوجب الملك
بوصف الاجمال فاذا فات البيان من جهته الحق من قيام مقامه كما في خيار التعيين
في البيع اما في الاعتاق لم يملك الوارث احد العبدين لان كل واحد منهما عبد
من وجه حر من وجه فصار كل واحد منهما في معنى المكاتب والمكاتب لا يورث
فلم يقم مقام الميت في الملك حتى يثبت له الخيار اما هنا المعترض اختلاط الملك
وانه لا يمنع الارث فيصح البيان منهما بحكم الخلافة نظيره ما ذكرنا في البيوع جارية
بين رجلين اقر كل واحد منهما انها ام ولد لاحدهما ثم مات احدهما يكون الخيار للحي
لا للورثة الميت لانهم لم يملكوا محل الخيار لانها ان كانت ام ولد الميت عتقت بموته
وان كانت ام ولد للحي لا يثبت الملك لهم فلا يثبت الخيار فان قال احد الابنين
جعلنا هذا العبد للوصية وقال الاخر جعلت هذا الاخر الوصية لا يلتفت الى ذلك
واجبرا ان يجتمعا على واحد لانهما جميعا نزلا منزلة المورث في التصرف في التركة
والخلافة عنه لا لاحدهما والحق لهما لا لاحدهما ويجبران على الاجتماع ليصل الموصى
الى حقه وفرق بين هذه المسألة وبينما ما ذكر في البيوع من المبسوط اذا اشترى
جاريتين كل واحدة منهما بثمن مسمى على انه بالخيار ياخذ ايهما شاء ويرد الاخرى
وقبضهما واستولدهما فان القول قوله في التي وطيها اولا وعليه ثمنها وهي ام ولد له
ويرد الاخرى وولدها على البائع ولا يثبت نسبه لانه ليس له فيها ملك ولا شبهة
ملك وعليه عقرها لان الحد قد سقط بشبهة صورة العقد ولو لم يبين حتى
مات فالقول قول ورثته لانهم قاموا مقامه وان قال احد الابنين استولد
الى هذه الجارية اولا يصح تعيينه وان لم يساعده الاخر والفرق ان في
مسألة البيوع تعيين احدهما ما لا يبطل حقا على الاخر لانه لا حق للوارثين
في كل واحدة منهما لان احدهما ملك البائع لا حق لهما فيه والاخرى ام ولد الميت
وقد عتقت بموت سيدها واذا لم يتضمن ابطال حق الاخر فيما عين والبيان

والبيان كان حقا مستحقا على الميت وواحد الورثة يقوم مقام كل الورثة
في مثل هذه الوصية التعيين يبطل حقا على الساكت فيما عين لان كل واحد
من العبدين بعينه بعرض ان يكون موروثا بينهما فيكون للساكت فيه حق ولا
ينفرد احدهما فرق بين مسألة الاستيلاد وبين اعتاق احد العبدين واما
اذا قال الجارية ام ولد احدنا فان ثمة لا يثبت الخيار للورثة فعلم انه لا يثبت لهم
الملك في محل الخيار وفي مسألة الاستيلاد ايضا لا يثبت لهم الملك في محل
الخيار والفرق ان ثمة كما لا يثبت لهم الملك في محل الخيار لا تتوجه المطالبة
عليهم بموجب العقد فكانوا بمنزلة الاجانب في حق هذا الحكم اما هنا توجهت المطالبة
عليهم بموجب العقد كما كانت متوجهة على المورث لان ثمن الموطوءة اولا وجب على
الوارث قضاؤه من التركة والقول قوله فيما لزمه ثمنه ومن ضرورة تعيين الموطوءة
اولا الا ترى انه لو لم تعين يلزمه نصف ثمن كل واحدة منهما ونصف عقر كل واحدة
منهما فكان البيان اليه فان لم يجتمعا على تعيين احدهما حتى اعتق الموصى له العبدين
نفذ اعتاقه في احدهما وولاية البيان لورثته على حاله لان ولاية البيان لم تتقدم
بتصرف الموصى له لان ذلك لا يصح الا فيما له وذلك ليس بمعلوم فلا
بد من البيان فاذا بينا احدهما عتق عليه وولاؤه له لان اعتاقه صادف ملكه
بتعيين لان الموصى له انما يوصى له به من وقت الموت وقد اعتق ما يملك وما لا يملك
فعتق ما يملك كما لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال انتما حران عتق عبده وهذا
لان الاعتاق توقف على ظهور الملك فان اظهر الملك ظهر العتق كما لو اشترى
عبدين كل واحد منهما بثمن مسمى على ان المشتري بالخيار ثلاثة ايام ياخذ احدهما
ويرد الاخر ثم اعتقهما البائع ثم عين المشتري احدهما البيع ورد الاخر عتق المردود
على البائع وهو نظير ما ذكرنا في البيوع اذا باع احد عبديه من رجل بالف درهم فسد
البيع بجهالة المبيع فلو قبضهما المشتري ثم اعتقهما البائع والمشتري معا بان
قال كل واحد منهما انتما حران عتقا لان كل واحد بين عبده وعبد غيره وان
اعتق الموصى له احدهما بعينه ثم بين الوارثان الوصية في احدهما لا يعتق لانهما ان
بينا في الذي لم يعتقه لا يشكل لعدم الملك والاعتاق ولذلك ان بينا في الذي
اعتقه لانه لا ملك للموصى له في الذي اعتقه يتعين يوم العتق لو اراد ان يعتق
وصية في العبد لا يصح الا في الملك بيقين بخلاف ما اذا اعتقهما وهو بمنزلة ما لو
اشترى عبدا على ان البائع بالخيار ثلاثة ايام واعتقه المشتري ثم اجاز البائع
البيع فيه لا ينفذ اعتاقه وهذا لان اعتاقه صادف المبيع وملكه في غير المبيع وانما
يثبت في المبيع عند البيان وللبيان حكم الانشاء فيما يرجع الى المحل وهو كما ذكرنا
في البيع الفاسد ان البائع اذا قال احدكما حر وقال المشتري ذلك لا يعتق

احدهما فرق بين هذه المسئلة وبينما اذا اشترى عبدين كل واحد منهما بثمن مسمى على ان ياخذ ايهما شا ويرد الاخر ثم ان البايع اعتق بعد عتق البايع وان لم يكن للبايع فيما اعتق ملك بيقين لان للمشتري ان يختار ذلك وكذلك في البيع الفاسد الذي ذكرنا لو قبضهما المشتري معا او على التعاقب ثم اعتق البايع احدهما بعينه ثم فسخ القاضي العقد فيهما ورد هما على البايع بعد عتق البايع والفرق ان ملك البايع في العبدين كان ثابتا بيقين وانما زال ملكه عن احدهما غير عين على التردد فاذا اعتق المشتري احدهما لنفسه انقطع التركه فتبين ان الاخر كان على ملك البايع كما كان فكان اعتاقه مصادفا ملكه فاعتبر ولاية ازالة الملك عن احدهما غير عين واعتاقه صادف العين فكان مصادفا ملكه الا انه لم ينفذ لحق المشتري وقد زال حقه وهنا الاصل عدم الملك له وانما يثبت ابتدا في غير العين فبقي في العين على العدم وهذا لان الثابت للمشتري خيار الفسخ لا خيار التمليك فاذا رد احدهما صار كان العبد لم يزل عن ملكه وهنا ملك الموصى لم يحل فيهما كان وانما كان الثابت للوارث خيار التمليك وخيار التمليك يمنع الملك كما قلنا في البيع بشرط الخيار للبايع وكذا في البيع الفاسد المانع من نفوذ عتقه لزوم الضمان على المشتري وقد زال ذلك بالفسخ وعاد العبد الى قديم ملكه فصار كان البيع لم يكن بخلاف ما اذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم ما اذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم اعتق ورده المشتري عينه لانه انعدم الملك والسبب لان البيع متعقد وانه سبب ملك المشتري ولهذا لو مضت المدة تم البيع له وسبب ملك البايع الفسخ وانه معدوم وقت اعتاقه بخلاف الوارث اذا اعتق العبد في التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين حيث نفذ العتق لان سبب الملك ثابت للوارث لان السبب الموت والقرابة وقد وجد الا انه امتنع لحق الغرما او الميت الا ترى انه لو قضى الدين من مال اخر خلصت التركة وان كان بغير رضاهم لزوال حقهم وقد خلصت التركة هنا وزال حقهم بالابرا فنفذ اما هنا لم يوجد سبب الملك للموصى في المعين لكون الوصية دايرة بينه وبين الاخر فانما يثبت الملك عند البيان وبخلاف من الغاصب اذا اعتق عبدا اذا ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان الاعتاق ترتب على سبب تام في نفسه فينفذ بنفوذ السبب بالاجارة كالمشتري من الوارث في التركة المستغرقة اذا اعتق ثم قضى الوارث الدين او ابرا الغرما الميت عن الدين وهذا لان بيع الفضولي سبب عندنا لما ذكرنا في النكاح والايمان انه لا ضرر على المالك في انعقاد السببية وكما لا ضرر عليه في انعقاد السبب لا ضرر عليه في تمام السبب لانه ليس من ضرورة تمام السبب اتصال الحكم فقد يتراخى الحكم بعد تمام السبب وضرر المالك

وضرر المالك في ثبوت الملك للمشتري فيتاخر ذلك الى وقت الاجازة ويبقى السبب تاما في نفسه فوجد السبب التام في المحل المعين بل هو متردد بخلاف المبيع بشرط الخيار اذا اعتقه المشتري ثم سقط الخيار لان سبب الملك غير تام فان قوله على الخيار مقرون بالعقد نصا تعليق العقد بالشرط يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط ولهذا لم يجز البيع قياسا لانه ادخل الشرط على السبب الا ان في الاستحسان يجعل الشرط داخلا على الحكم فينعقد اصل العقد ويكون في حق الحكم كالمعتق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبله فعرفنا ان التوقف لا يمنع تمام السبب والتعليق يمنع ولو ان الميت اوصى بعتق احدهما بعينه والعبد يخرج من الثلث جازت الوصية لان الجهالة متى لم تمنع الوصية بالملك فلان لا يمنع الوصية بالعتق اولى ويكون البيان الى الوارثين لقيامهما مقام المورث فان قيل وجب ان تصح هذه الوصية لان الجهالة تمكنت في موضعين في الموصى له والموصى به فان الموصى به عتق احدهما والموصى له احدهما وتمكن الجهالة في الموصى له يمنع جواز الوصية ففيهما اولى بخلاف المسئلة الاولى قيل له بلى الا ان هذه الجهالة تزول حال ثبوت الوصية وهو ما بعد الموت بتعيين الوارثين فكانت مستدركة فلا يمنع جواز الوصية وهذا على اصلهما ظاهر لان العتق حق الله تعالى كالصدقة والحج فكان المستحق معلوما ولهذا قالا لو اوصى بان يعتق بهذه الماية عبد فهلك منها درهم يعتق بما بقي لانه وصية بالقربة فكان حق الله تعالى فصار بمنزلة الوصية بالصدقة والحج بماية وهلك درهم وكما لو اوصى لرجل بهذه الماية وهلك درهم تنفذ وصيته فيما بقي اما عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى العتق حق العبد ولهذا قال ببطلان الوصية بهلاك درهم لان العبد الذي يشترى بماية غير العبد الذي يشترى بماية غير درهم بخلاف الحج والصدقة فينبغي ان لا لا يجوز عنده كما لو اوصى بثلث ماله لفلان او فلان والفرق لما ان كان حق العبد ففيه حق الله ايضا فكان مشتملا على الحقين وان كان حق العبد راجحا بخلاف الوصية لفلان او فلان ولان هنا امر باعتاق احد العبدين فصار كالتوكيل في حالة الحيوة باعتاق احدهما وفعل الاعتاق وقع في محل المعين فصار الموصى به الاعتاق وانه معلوم بخلاف الوصية لفلان او فلان وبخلاف هلاك الدرهم لانه تنفيذ الوصية لغير الموصى له وهنا تنفيذ الوصية للموصى له وهو واحد واذا صحت الوصية كان التعيين الى الورثة لما قلنا فلو قال احدهما اخترت ان يكون العبد الذي يعتق عن الميت هذا وقال الاخر اخترت الاخر لم يعتبر اختيارهما ما لم يجتمعا على احدهما ويجبران على احدهما لان كل واحد منهما بالتعيين يريد ابطال حق الاخر عن الذي عينه فلا يملك ذلك كما قلنا في المسئلة الاولى فلو لم يجتمعا على تعيين احدهما اعتقت هذا عن الميت ثم اعتق الاخر العبد الاخر عن الميت فان الاخر حر عن الميت والاول

حر عن الوارث الذي اعتقه ويضمن لشريكه نصف قيمته ان كان موسرا او يسعى العبد
ان كان معسرا لانه اعتق عبدا مشتركا عن نفسه لان قوله اعتق عن الميت هو في حق
الاضافة لان احدهما لا يملك الاعتاق عن الميت لما قلنا فقد جمع في كلامه بينهما يستقيم
وبينهما يستحيل فيما استقام وهو اعتاقه عن نفسه صح وما استحال وهو اعتاقه عن الميت
لغى فبقي قوله اعتقت ولو نص على ذلك يعتق عنه لا ما ينفيا بنفاذ عتقه لانه ان كان موصى
بعتقه ينفرد احدهما بالتنفيذ كما لو اوصى ان يعتق عنه هذا العبد بعينه لانه لا حاجة
الى الراي والتدبير وليس فيه ابطال ملك احد وان لم يكن موصى بعتقه كان موروثا
فكان مشتركا بينهما ويقدر ان يجعل عن الميت فيعتق عن الميت فيعتق عنه ولان المانع
من الملك الوصية وانما واقفة في غير المغير وهو اعتق المعين فيصح واما عتق الثاني
عن الميت فلان الاول خرج عن مزاحمة الثاني وكونه قابلا للعتق عن الميت فيتعين
الاخر ضرورة لتنفيذ الوصية ولا حاجة الى تقديم التعيين في حق الثاني لتعيينه
في نفسه كان الاول مات او قتل وكالوكيلين بالطلاق والعتاق بغير بدل ينفرد
احدهما ولو اعتق كل واحد من الاثنين عبدا عن الميت وخرج الكلامان منهما
معا عتق العبدان ويجبرهما القاضي على تعيين احدهما عن الميت واذا عينا
عتق الاخر عن المعتق وحكمه حكم عبد مشترك بين اثنين اعتق احدهما نصيبه
اما عتقهما فلانه تيقنا بعتقهما لان كل واحد من الاعتاقين يصلح ان يكون عن
الميت بان كان موصى ويصلح ان يكون عن المعتق بان لم يكن موصى بعتقه فيكون
ملك الوارث فيعتق واما الجبر على التعيين فلان احدهما استحق العتق عن
الميت فلا يستحق بجهة اخرى وذلك مجهول والاجمال باق كما قبل الاعتاق
فلا بد من بيانهما واذا بينا عتق الاخر عن المعتق ضرورة ولو لم يعتقا لكن
اجتمعا على تعيين احدهما عن الميت ولم يعتقاه حتى اجتمعا على الاخر لم يكن لهما
ذلك لانهما لما عينا الوصية في احدهما بعينه وهما قائمان مقام الميت في التعيين
صار كان الميت عينه للاعتاق بان اوصى بان يعتق عنه هذا العبد لهما ان يعتقا
عنه عبدا اخر كذلك هنا الا ترى انه لو اوصى الى رجل وامره ان يضع ثلث ماله
حيث احب فاختار احدا نا ووضعه فيه بطل خياره حتى لو وصفه في وارثه
بطلت الوصية وان لم يصح الوضع فان اعتق احدهما الاول الذي اجتمعا
عليه عتق عن الميت لان الاجتماع شرط التعيين لا شرط التنفيذ لان
التنفيذ من باب الكلام ولا حاجة الى الراى في الكلام بل كلامهما وكلام احدهما
فينفرد احدهما بايقاع العتق في المعين كما لو عين المورث وكالوكيلين بالاعتاق
بغير بدل ولانه انما ينفرد احدهما بالتعيين لما فيه من ابطال ملك الاخر في
المعين وذلك متقدم في التنفيذ وكذا لو اعتقه الوصي صح ايضا لانه قائم مقام

مقام الميت في تنفيذ وصاياه كما لو عين الموصى ولو عين الموصى احدهما لا يصح تعيينه
لان ذلك من حكم اختلاط الملك وهما القائمان مقام الميت في هذا المعنى ولان فيه
ابطال ملك الوارث عن العين ولو لم يجتمعا على تعيين احدهما حتى اعتق الموصى احدهما
بعينه ثم اجتمعا على تعيينه لم يصح اعتاقه حتى يعتقه الوصي بعد ذلك او احد الورثة لانه
لم يات بالعتق المامور به لان المامور به اعتاق عبد بغير عينه وقد اعتق عبدا بعينه فكان
ما اتى به غير مامور به فلا يقف على صورته مامورا به ولانه تعيين وليس له ولاية التعيين
الا ترى انه وكل رجلا بان يعتق عبده غدا او يطلق امراته غدا او يبيع عبده غدا ففعل اليوم
لم يجز بخلاف ما لو وكله بان يعتقه او يبيعه اليوم فباعه وعتقه غدا رجل مات وترك
عبدا يخرج من ثلث ماله واوصى بعتقه واوصى الى رجل العبد والعبد اخو الوارث لام
او اخو الوصي لم يعتق العبد بالقرابة حتى يعتقوه اما اذا كان اخو الوصي فلانه لا يملك
رقبة العبد انما يملك التصرف كالوكيل واما اذا كان اخو الوارث فلان الوارث
ايضا لم يملك رقبة العبد لانه مشغول بوصية الميت وهو يخرج من الثلث
والمشغول بوصية الميت اذا كان يخرج من الثلث لا يملكه الوارث لانه مشغول
بحاجة الميت كما لو اوصى برقبته لانسان وهو يخرج من الثلث لا يملكه الوارث
فهنا اولى اذا لم يملكه احدهما لا يعتق ما لم يعتقوه الا ترى انه لو لم من الثلث لا يملكه
الوارث ولا يعتق لان الوصية بالاعتاق مانعة بثبوت الملك الا انه يعتق ويسعى
فيما زاد على الثلث فهنا اولى فان اعتقه الوارث او الوصي عن الميت جاز لان الاعتاق
تنفيذ وصيته والوصي والوارث تنفيذ وصاياه لان الميت اقام الوصي مقام نفسه في
تنفيذ وصاياه والوارث قائم مقام الميت حكما وخلفه مطلقا في تنفيذ وصاياه
ولهذا اقام كل واحد منهما في قضاء ديونه فان قال الوصي ان دخلت هذه الدار فانت
حر او انت حر غدا فدخل وجاء الغد لم يعتق لان الوصي وكيل عن الموصي في اعتاق هذا
العبد بعد وفاته والوكيل بالاعتاق في حالة الحياة لا يملك التعليق فكذا الوكيل بالاعتاق
بعد الوفاة والجامع بينهما انه يملك التصرف بحكم الامر والتفويض وقد امر وفوض اليه
التنجيز فلا يصح التعليق الا ترى انه لو وكل رجلا بان يطلق امراته للسنة فقال لها
في الحيض او في طهر جامعها فيه انت طالق للسنة فطهرت لا يقع الطلاق
لانه مامور بالتنجيز والماتي به تعليق الطلاق وقت السنة وكذا لو وكل رجلا بان
يطلق امراته تطليقة بائنة بجعلها على مال لم يصح وان كان منتفعا في حقه لان
الخلع تعليق الطلاق بقبولها والمامور بالتنجيز لا يملك التعليق فان قيل كونه
مامورا ومفوضا اليه لا يمنع دخولهما في الامر لعدم التنافي ولهذا يصح من الوارث
قلنا لا بل لاستحالة اجتماعهما واختلاف حكمهما فان احدهما سبب في الحال والاخر
لا ولا يدخلان على ان يفعل ايهما شاء لانه موجب التنجيز واللفظ لا يقتضيه

وقد ملك الابقاع فلا يملك البيع بخلاف الوارث ولو قال الوارث ان دخلت الدار
فانت حر او اذا جاء غد يعتق عند وجود الشرط عن الميت فان قيل وجب ان لا يعتق
لان الوارث بما الملك للعبد لمكان الوصية ولهذا لا يعتق عليه بالقرابة وانما ملك التصرف
بحكم الامر والتفويض كالوصي قيل له الوارث في حق الموصى باعتاقه مالك من وجه غير مالك
من وجه من حيث ان الوصية تمنع الملك للوارث كالدين لم يكن مالكا ومن حيث انه
لو قتل العبد الموصى باعتاقه كانت القيمة له كان مالكا وكذا لو قطعت يده كان الارش له ولو كان
كانت جارية فولدت ولدا كان الولد له ولو وطيت بشبهة حتى وجب العقر كان العقر له كانه
مالك وكذا لو زوجها من رجل لا يجوز لانه تعلق بها حق الميت فمنع تزويجهم كما لو اوصى
بها لرجل فزوجها الورثة فلو دخل بها الزوج كان المهر للورثة وكذلك اكسابه للورثة
فاذا كان مالكا من وجه دون وجه فمن حيث انه مالك ملك الاعتاق تعليقا وتنجيزا
ومن حيث انه نائب اذا وجد الشرط وقع العتق عن الميت حتى يكون الولاء له عملا بهما
ولان ملك الوارث فيه اظهر من الملك في المكاتب لما ذكرنا في اكتسب وغيره
ثم يملك اعتاق المكاتب بالمالكية تنجيزا او تعليقا وان لم يملك رقبته ويكون
الولاء للميت كذلك هنا بل اولى وهذا لان سبب الملك منعقد له وهو الموت والقرابة
الا انه امتنع الملك لعارض احتمال السقوط في الجملة وهو العذر كاف لاعتبار
التصرف على التوقف الا ترى انه يعتبر اعتاقه في العبد المشغول بالدين فجاز
ان يعتبر في المشغول بالوصية فاذا اعتبر تعليقه ووجد الشرط والحكم مستحق
من جهة الميت يعتق عنه ضرورة ولا يثبت الملك لما كان موجودا فقضيته ثبوت الملك
الا انا جعلنا ملكه عدما فيما يؤدي الى ابطال حق الميت الى تنفيذ وصية ففيما وراء ذلك
يملكه كما في المكاتب فبأي جهة حصل العتق يقع عن الميت هذا لان التعليق بالشرط
لا يوجب اختلالا في حقه فصح التعليق وكذا لو قال له الوارث انت حر على الف درهم
فقبل يعتق بغير شيء وكذا لو قال ان مت فانت حر او انت حر بعد موتي تعلق عتقه
بموته ولا يصير مدبرا له لان المدبر من يعتق على المدبر وهو لا يعتق على المدبر لانه
لم يملكه لكن لو مات يعتق عن الموصي كما لو علق عتقه بدخول الدار او بموت غيره ولو قال
الوصي ذلك فهو باطل لما قلنا وكذا لو كاتبه لا يصح لانه لم يملكه ويجعل كانه علق
عتقه بالاداء فاذا ادى يعتق عن الموصي ويرد المال اليه لانه استحق العتق بجهة
الوصية فبأي طريق حصل وقع عن المستحق وكذا لو كان الورثة اثنين او اكثر
فعلق احدهما عتقه كان هذا اولا واسوا لانه الا انما صح من الواحد لكونه مالكا
من وجه وانه موجود في حق كل واحد منهم فلان الوصية حصلت بعتق عبد يعتق
وفي هذا الاحتياج الى الرأي فينفرد به احدهم لما قلنا ولو ان رجلا زوج ابنته من عبده
برضاه جاز النكاح وانه ظاهر فان اوصى بذلك العبد لرجل ثم مات ولم ينزل من الورثة

من الورثة الا ذلك البنت وعمة فهذا على وجهين اما ان كان له مال اخر يخرج العبد من ثلثه
او لم يكن ففي الوجه الاول لا يفسد النكاح لان البنت لم تملك شيئا من رقبة زوجها
لان العبد يخرج من ثلث ماله فكان مشغولا بحاجة الميت وهو تنفيذ الوصية وذلك
مما يمنع النقل الى الوارث كما لو زوج بنته من مكاتبه برضاها ثم مات لا يفسد
النكاح لقيام المانع من الانتقال الى الوارث فبقي العبد موروثا موقوفا على ملك
الميت كما في التركة المستغرقة بالدين لحاجة الميت او زال عن ملك الموصي ولم يدخل
في ملك الموصى له فلا في ملك الوارث لان الملك ينافي الملك فلا بد من زوال
ملك الميت ولا يجوز ان يملك الموصى له الان ملكه موقوف على قبوله دفعا
للمنة والضرر عنه لما نذكر ولا يجوز ان تملك الورثة لان حق الموصى له يتعلق به وتعلق
الحق بالمال يمنع من تملكه بالارث كالدين ولم يبق الا الخروج عن ملك الميت وعدم
ثبوت فيه لاحد كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى
وكالعبد الموقوف على خدمة الكعبة وهذا لان الموصى يملك يمنع الارث فيه لا لالزام
على الموصى له كالهبة والصدقة فبقي الملك فيه موقوفا ان قبل الموصى له من ملك الميت الى
ملك الموصى له فلم تملك البنت شيئا من رقبة زوجها فلا يفسد النكاح فان كان قبل
الدخول فلا مهر لها ولا عدة عليها وان كان بعده فعليها العدة وسقط نصف المهر
الذي وقع في نصيبها من العبد وبقي النصف في النصف الذي هو ملك العم فيتخير بين
البيع بنصف المهر وبين قضاء الدين واستسعائه كما في سائر الديون وان كان العبد
ذا رحم محرم من الموصى له لم يعتق حتى يقبل لان الموصى له لا يملك الموصى به قبل القبول
ما دام حيا لانه ليس للموصي ان يلزمه الوصية ويملكه بغير رضاه لانه لو كان له ذلك
تضرر الموصى له فانه لو اوصى بعبيد عميان او اوصى له بجباب مكسورة في داره او بطيخ
كثير في داره لو لزمه ذلك يحتاج الى مؤنة كثيرة في نقل ذلك من غير منفعة ظاهرة
وكذا لو اوصى له بامرأته لو لزمه يفسد النكاح ولو كان قريبه يعتق عليه ولزمه الولاء وفيه
ضرر فيتوقف على رضاه وقبوله وهذا لان الالزام لا بد له من الولاية ولا ولاية للموصي
على الموصى وهذا عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى يملكه الموصى له من غير قبول
لان الملك ينتقل اليه بالموت فلا يفتقر الى القبول كالميراث الا انا نقول الموصى
له ان كان يملك الموصى به بالموت كالوارث لكن يملك بالعقد ايضا كالهبة و
والصدقة وهو الوصية فكان الموصى له كالموهوب له من هذا الوجه والموهوب
له لا يملك الهبة قبل القبول فان قبل يعتق عليه وان كان رد يكون بين الورثة وكذا
كان ذو رحم محرم من العم ايضا لم يعتق لانه لم يملك بحق الموصى له فينظر ان قبله الموصى
الموصى له يعتق عليه وان لم يقبل قبل من قبل العم وفسد النكاح لانهما ملكاه وان مات
الموصى له قبل القبول فموته بمنزلة القبول وعتق العبد عليه هكذا ذكر في الجامع ولم

ولم يذكر القياس والاستحسان وذكر في الوصايا من المبسوط وذكر فيها القياس والاستحسان قال في القياس لا يملك ولا يعتق عليه وفي الاستحسان يملك ويعتق وجه القياس ان الموصى له انما يملك الموصى بالقبول وهي الوصية فصار كالموهوب له ثم الموهوب له اذا مات بعد ايجاب الواهب قبل قبوله لم يملك فكذلك هنا وجه الاستحسان ان الموصى له بمنزلة الوارث من وجه وبمنزلة الموهوب له من وجه على ما ذكرنا من حيث انه موهوب له لا يملك الموصى به قبل القبول ما دام حيا ومن حيث انه بمنزلة الوارث اذا مات قبل القبول لزمه وتملكه عملا بهما ولان الايجاب قد وجد من الموصى الا انه كان له حق الرد وخيار القبول فاذا مات سقط اهلية الخيار والرد فانبرمت ولزمته ضرورة كما لو اشترى شيئا على انه بالخيار ثلاثة ايام فمات في ايام الخيار وهذا لانا وقفنا الملك دفعا للضرر الالزام عنه وقد وقفنا الارث ايضا لحقه فاذا مات قبل القبول مست الضرورة الى الابطال وثبوت حق الوارث والتنفيذ والتنفيذ والعتق عليه اقل ضررا من الابطال لانه ابطال ملكه وتفويت غرض الموصى وكذا اوصى له بجارية قد ولدت من الموصى له فلم يعلم او علم ولم يقبل حتى مات بعد موت الموصى فالقياس ان تكون ورثته بمنزلته ولا يجبرون على القبول في الاستحسان يملكها وعتقت بموته ولو كان حيا ولم يعلم بالوصية وهو يطأها بالنكاح حتى ولدت له اولادا ثم علم بالوصية فهو بالاختيار ان شاء قبل وكانت ام ولده واولادها احرارا ان كانوا يخرجون من ثلث مال الميت وان لم يخرجوا منه فكذلك عندهما لان عندهما تنفذ الوصية في الام والاولاد كان الوصية تناولتهم وعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى تنفذ الوصية في الام اولا ثم تكمل الى تمام الثلث من الاولاد فان كان الثلث بقدر قيمة الام فالاولاد رقيق الورثة الموصى وان فضل الثلث على الام فحينئذ يعتق من الولد الى تمام الثلث ويسعى في الباقي وان شاء لم يقبل الوصية وكانت الجارية مع الاولاد ارقا للورثة وكما يملك الموصى له الموصى بصريح القبول يملك بالدلالة بان اعتقه ينفذ عتقه ويكون قبولا هذا اذا خرج العبد من الثلث ولو لم يكن للميت مال غيره ولا قرابة بينه وبين العم ولا بينه وبين الموصى له فسد نكاح البنت قبل الموصى له او لم يقبل لانها ملكت شيئا من رقبة زوجها لا محالة وهو الثلث او النصف لان الوصية لا تنفذ الا من الثلث والزيادة عليه ملك الوارث لان المانع من الارث حق الموصى له ولا حق له

ولا حق له في الزيادة على الثلث ولو لم يوص به لاحد ولكن اوصى بعتقه لم يفسد النكاح وسعى في ثلثي القيمة بين البنت والعم فرق بين الوصية بالاعتاق وبين الوصية بالرقبة في فساد النكاح والفرق ان في الوصية بالاعتاق لا تملك البنت شيئا من الرقبة لانه ثبت للعبد حق العتق من جهة البنت ولهذا لا يزيد برد العبد لو قال لا اريد العتق فانه لا تبطل الوصية ويعتق ولو ثبت حقيقة العبد العتق من جهة الميت والعبد لا يخرج من الثلث ثم مات المعتق لا يملك الوارث شيئا من رقبة العبد وانما يملك عليه السعاية فكان هذا بمنزلة دين وجب للمراة على زوجها ولا يفسد النكاح الا ترى انه لا يملك رقبة المدبر والمكاتب وان وجب المال عليهما كذلك هنا بخلاف الوصية لانها ملكت بعضه فلو لم يعتق حتى قتله رجل كانت قيمته بين البنت والعم وبطلت الوصية ولا يفسد النكاح وعليها عدة الوفاة اما القيمة بينهما نصفان لبطلان الوصية لبطلان محلها فبقي العبد على حكم ملك الميت فتكون القيمة بين البنت والعم نصفين بحكم المراة واما عدم فساد النكاح لانها لم تملك شيئا من رقبة زوجها ما دام حيا لبقاء الوصية بالاعتاق المانعة من الملك للوارث وحين بطلت الوصية بالعتق لم يبق محلا للملك لان الوصية انما تبطل عند تمام القتل وعند تمام القتل لم يبق محلا فلا تملك المراة شيئا من رقبة زوجها انما ملكت القيمة وان وجوب وان وجوب عدة الوفاة لانها حرة مات عنها زوجها لانتهاء النكاح بالموت وهذا بخلاف ما اذا زوج ابنته من مكاتبه ثم مات فورثته عم وابنته ثم مات المكاتب عاجزا وقتل ولم يكن في قيمته وفاء مات عبدا وفسد النكاح وعلى المراة ثلث حيض ان كان دخل بها وان لم يكن دخل بها فلا عدة عليها فرق بينهما في فساد النكاح والعدة والفرق ان الكتابة انما تبطل بعجز المكاتب عن الكسب والعجز يتحقق في اخر جزء من اخر حياته فانفسخت الكتابة في اخر جزء من اجزاء حياته كما يعتق في اخر جزء حياته اذا اديت المكاتبة بعد موته وهو في تلك الحالة محل الملك فملكت شيئا من رقبة زوجها فسد النكاح فلم يكن انتهاء النكاح بالموت اما هنا تبطل الوصية بعد القتل فلا يفسد النكاح لعدم محلية الملك رجل زوج ابنته من عبده على الف درهم واوصى لعتقه ثم مات فورثته عمه وابنته ولم يأخذ الابنة من المهر شيئا وذلك مثل قيمته اذا اقل فلها ان تبطل الوصية وتباع العبد في مهرها ولا يفسد النكاح اما البيع في المهر فلانه دين وجب لها في رقبة

زوجها باذن مولاه نكان لها ان ترفع الامر الى القاضي ليبيعه حتى يبيعه اليها في مهرها
كسائر الديون واما عدم فساد النكاح فلانها لم تملك شيئا من رقبة زوجها لان
قبل البيع الوصية بالعتق قائمة وهي مانعة وقوع الملك لها في رقبته وبعد البيع ان
بطلت الوصية فقد صار ملكا للمشتري فلا تملكها البنت بالارث كما في القتل
الا ترى انه لم يبق محلا للوصية فكذا لا يبقى محلا للملك فاذا باع يقضي مهرها سوا
كان قبل الدخول او بعده لتقدم الدين على الارث فان فضل من ثمنه بين يكون
بين العم والبنت نصفين لان هذا تركة الميت وقد فضل عن الدين فيقسم بين
الورثة ولو لم يكن للبنت على العبد مهر ولكن على الميت دين فان كان مستغرقا للتركة
لا يفسد النكاح لان الدين المستغرق يمنع الارث والوصية فلم تملك شيئا من
رقبة زوجها فلا يفسد النكاح سواكان في العبد وصية اذ لم يكن فاذا بيع العبد
فان فضل من الثمن على الدين فهو بين البنت والعم نصفان ولا يفسد النكاح ثم
لعدم الملك قبل البيع وبعده وان كان الدين اقل من قيمة العبد ينظر ان كان
في العبد وصية بالعتق لا يفسد النكاح ايضا لان الوصية بالانفراد تمنع ملكها
لما قلنا فالدين القليل مع الوصية اولى وان لم تكن وصية فسد النكاح لان الدين
القليل لا يمنع الارث فملكت شيئا زوجها وذكر في بعض النسخ ان كان
اقل من القيمة فسد النكاح اطلق ولم يفصل بين الوصية وعدمها وهو سهو وقع
من الكاتب فانه نص محمد رحمه الله تعالى اما اذا كان الدين مثل قيمته فالمعنيين
احدهما ان العبد مستغرق بالدين والثاني انه معوض بعتقه واما اذا كان اقل فالمعنى
واحد وهو كونه موصى بعتقه وهنا اذا لم يكن مستغرقا لا يمنع الوصية الوصية تمنع
الارث وانما بطلت حكما للبيع وعند ذلك يثبت الارث في الثمن لا في الرقبة
فلا يدخل المنافي في النكاح بحال وان ابرا الغرما الميت عن الدين بعد ما رد العبد فانه
يعتق ولم يفسد النكاح اما الاعتاق فلانه موصى بعتقه وقد زال المانع وهو الدين
كما لو ابراوا قبل البيع واما عدم فساد النكاح فلانها فلم يملك شيئا من رقبة زوجها
وبه تبين انما قال عن فساد النكاح وقع سهوا فان المانع من ملك البنت لو كان
هو الدين فاذا زال بالابرا وجب ان يملك حتى يفسد النكاح علم ان المانع كونه موصى
بعتقه وفي هذا لا فرق بين الدين الكثير والقليل وان كان الرد بالعيب بغير قضا
يفسد النكاح لانه بمنزلة شرا ابتدا في حق ثالث وقد بطلت الوصية فملكت
شيئا من رقبة زوجها ولو لم يكن على الميت دين لكن اوصى بعتقه فجنى العبد جناية

جناية قبل ان يعتق جبر الورثة بين الدفع والفدا لقيامهم مقام الميت والعبد
على ملك الميت ظاهر فان دفعوه بطلت الوصية لانه انما يستحق الوصية على
ملك الميت وقد زال ملكه بالدفع كالبيع بالدين فان فدوه ظهر العبد عن الجناية
وصار كان لم يجن وكانوا متطوعين في الفدا فيعتق الميت ولا يفسد النكاح في
الوجهين لزوال الملك بالدفع كالبيع او الاعتاق بالوصية وجه ظاهر الرواية
وهو قولهما ان تركة لا يخلوا عن دين فلو منع الارث ادى الى ان يمتنع الارث بدين
وذلك محال ويتضرر به الوارث خصوصا اذا كانت صغارا محتاجين فقلنا
بانه لا يمنع وقدر الجهاز والكفن فلا رواية فيه عن اصحابنا رحمهم الله تعالى
فيحتمل ان يكون هو والدين سوا الا انا نقول انما يجوز ذلك اذا لم يكن المال
مشغولا بحق الغير وثبت الملك له على سبيل الخصوص اما اذا كان مشغولا
في بحق الغير وملكه مشغولا جاز ان يخاطب به واليه اشار في
الكتاب في الكتاب حيث قال لانها لو اعتقه جاز عتقها وهذا جواب ظاهر
الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الدين اذا كان
مستغرقا يمنع الملك للوارث في رقبته فعلى هذه الرواية لا يفسد النكاح و
ووجهه ان دين العبد اقوى من دين المولى ولهذا يقدم على دين المولى في القضا
لانه يثبت بالتزامه وبمباشرته ودين المولى يلزمه بطريق المولى يلزمه بطريق
التحمل ولهذا قلنا ان دين العبد يمنع المولى من التصرف في العبد حتى لا يجوز بيعه
بغير اذن الغرما ولو اعتقه يضمن قيمته ودين نفسه لا يمنع من التصرف في العبد
وجه ظاهر الرواية ان موت المولى سبب لانتقال ملكه الى الورثة ضرورة ان الميت
ليس باهل الملك والوارث يقوم مقام المورث وقد كان المورث ملكه مع الدين
فكذلك الوارث الا انا بقينا الملك في التركة لحاجة الميت ودين العبد له
ليس من حوائج المولى لا يحبس في الدنيا ولا يعاقب به في الاخرة فلا يمنع الوارث
الى الانتقال فالاصل في هذه المسائل الى اخر الباب ان الانكار السابق
يبطله الاقرار اللاحق والاقرار السابق لا يبطله الانكار اللاحق وهذا ظاهر
لان الرجوع عن الانكار او اقرار على نفسه فيصح والرجوع عن الاقرار ثم
دعوى عارضه التكذيب فلا يصح دل عليه الاقرار بالمال وانكاره واصل
اخر ان المقر له الاول لا يصلح مزاحما للمقر له الثاني والثاني يصلح مزاحما
للاول لان الاقرار الاول لم يلاق حق الثاني لانعدام الحق له ظاهرا عند

عند الاقرار الاول واقرار الثاني لا في حق الاول لقيام الحق له ظاهرا فكان
اقرارا على الاول فلا يصح كما قلنا في اقرار الوارث بوارث الاخر ان المقر
به الاول تعتبر في المقاسمة مع المقر به اخر والمقر به اخر لا يعتبر في
المقاسمة مع المقر به اولا لحق الاول ثابت بتقديم الاقرار فيكون ذلك منه
كالثابت بالبينة او يكون نسبه معروفا فلا يكون اقراره للغير بعد ذلك
حجة عليه الا بتصديقه واصل اخر ان الوارث اذا اقر بعتقهم جميعا ثم خص
واحدا بالانكار و ينفع الباقين واذا عمهم بالانكار لم ينفع لوقوع التعارض بينهم
في الانكار والاقرار فبطل الانكار وبقي الاقرار اذا عرفنا هذا فنقول في
مسئلتنا عتقوا بغير سعاية لانه لما انكر عتق الاول اولا فقد زعم ان الاول
اولا فقد زعم ان الميت لم يوص له فلما قال بلى اعتقك فقد اقر انه اوصى له برقبته
فصح وان سبق هذا الاقرار الانكار لان الانكار السابق لا يمنع صحة الاقرار
اللاحق ومتى صح عتق كله لانه يخرج من الثلث لانه خير اقر بذلك فبقي بعد
الوارث ضعفه وهو العبد الثاني والثالث فاذا قال الثاني مثل ذلك صح
اقراره ايضا وعتق من غير سعاية لانه اقر للثاني بعد سبق انكار عتق الاول
فكان في ضمن انكاره للاول واقراره للثاني ان الثلث كله مصروف الى الثاني
وان اقراره للاول اتلاف عنه لرقبة الاول وان الاول عتق من جهته لا من جهة
الميت فيكون كالقائم في حق الثاني لكونه مضمونا عليه فيخرج الثاني من الثلث ايضا
وكذا الثالث فلكل واحد من الاخرين ان يحتج بانكاره نعتق صاحبه في انصراف
الثلث اليه الا ترى انه لو كان مكان العتق وصية بالمال بان ادعى رجل ان الميت
اوصى له بثلث ماله فجحد الابن ثم اقر له بالثلث ودفع اليه ثم اقر لانسان
اخر كان للثاني ان يحتج عليه بجحوده الاول ويضمنه جميع الثلث كذلك
هنا بخلاف مسئلة اول الباب لان ثمة تعين الثلث الاول بقضاء القاضي
فلم يبق محل الوصية في حق الثاني وضا الاستحقاق بغير قضا فصار المصروف
الى الاول مضمونا في حق الثاني بخلاف مسئلة الاقرار فان ثمة يعتق كل الاول
ونصف الثاني وثلث الثالث لان هنا ملك حق الاول حين اقر الثاني
فصلح الانكار حجة عليه الاثبات الزيادة للثاني وثمة لم يوجد الانكار فلا يصير
مضمونا عليه الا ما زاد عليه على حقه من الثلث حين اقر للثاني وكذا في حق الثالث
وجه القياس ان لكل واحد منهم خطا من الاقرار والانكار فانه اقر بعتق كل واحد
منهم وانكر عتق كل واحد منهم فجاز ان يحتج كل واحد منهم في انصراف الثلث
بانكار حيا صاحبه كما لو فرق في الاقرار ولو قال اعتقكم ثم قال لواحد لم يعتقك
ينبغي الذي حصته بالانكار في ثلثي قيمته وكل واحد من الباقيين سعى في نصف قيمته لانه

قيمته لانه لما اقر بعتقهم جميعا فقد زعم ان ثلث ماله وذلك رقبة واحدة بينهم
اثلاثا فيعتق من كل واحد ثلاثه ووجب على كل واحد السعاية في ثلثي قيمته
فلما انكر عتق احدهم بعينه ولا يصح الانكار لسبق الاقرار وفي ضمن انكاره ان
الثلث من الاخرين نصفان لكل واحد منهما نصف الرقبة وهو اقرار
على نفسه فيصح اقراره بالزيادة ولا يصح الرجوع عما اقر الاول وصار
مستهلكا رقبة الاول في حق الاخرين لخلو الانكار عن المعارض وان
قال بعد ذلك لم يعتق هذا الاخر عتق كل الثالث وهو لم ينكر عتقه
من غير سعاية وسعى الذي انكر عتقه في المرة الثانية في نصف قيمته
والاول في ثلثي قيمته لان بانكار الاول والثاني زعم ان الثلث للثالث
ولا شيء للاول والثاني على ما كان ولا يرتد حق الاول بانكاره عتق الاول
عتقوا انكاره عتق الاول صار مجاسابق على جحوده عتق الثاني
ولو قال لواحد منهم لم يعتقك الميت ثم قال لقد اعتقكم جميعا عتقوا
وسعى الذي انكر عتقه في ثلثي قيمته والباقيان كل واحد في نصف
قيمته لان التقديم والتاخير سوا ولو اخذ الانكار بان قال اول مرة
قد اعتقكم الميت ثم قال بعد ذلك لاحدهم لا يعتقك الميت ثم
يعتق من الذي انكر عتقه ويسعى في ثلثي قيمته ومن كل واحد من
الاخرين نصفه ويسعى في نصف قيمته كذلك هنا فان سبق فيه
الجحود لا ينفعه الجحود وان لم يسبق فيه الجحود ينفعه جحود غيره فنقول
ان اقر بعتقهم على التعاقب بكلام مفصول ثم بدا بانكار عتق الاول
فهذا الانكار بغير ترتيب الاول فيعتبر لانه زعم ان الاول لم يكن
معتقا الا ان رجوعه عن الاقرار الاول لم يصح وحين اقر له اولا ثم
زعم انه موصى بعتقه وهو يخرج من الثلث فيعتق كله عن سعاية
الا انه بهذا الانكار زعم ان الثلث بين الثاني والثالث فصار منكرا لك
للثالث بزيادة سدس فيعتبر انكاره في اثبات انكاره للثالث ثم
فيعتق بنصفه لانه يقول له الوصية بيني وبين الثاني وقد بلغت الاول
باقراره فكان مضمونا عليه وان بدا بانكار عتق الثاني فهذا الانكار لم يعتبر
في حقه لانه بهذا الانكار يزعم ان العتق بين الاول والثالث فلا
يوجب زيادة في حقه بل انكر ما كان اقر به له قبل الانكار فكان رجوعا
عما اقر به فلا يصح و بقي ما كان له قبل الانكار الا انه يعتبر في حق الثالث
لانه لما انكر عتقه فقد زعم ان الثلث بين الاول والثالث فيزداد حقه

على ما ذكرنا وان بدأ بانكار عتق الثالث فيسعى في نصف قيمته كما كان لانه
عتق نصفه بانكار عتق الثاني وانكاره عتقه لا يعتبر في حقه لانه لا
يوجب زيادة في حقه بل رجع عما يصير مقرا له باقراره الاول وانكاره
عتق الثاني فلا يصح الرجوع وبقي الحكم في حقه على ما كان قبل الانكار
وبانكاره عتق الثالث لانه يريد حق الثاني اما لانه زعم ان الثلث بين
الاول والثاني فكان له النصف اولا انكاره عتق الثاني كان سابقا على
انكار عتق الثالث وان بدأ بانكار عتق الاول ثم بدأ الثاني ثم ثلث بالثالث
عتقوا من غير سعاية هكذا اذا ذكر في الكتاب وذكر ابو بكر الكرخي رحمه الله
في مختصره فهكذا ذكره الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى
لانه لما بدأ بانكار الاول وقد اقر ان الثلث بين الثاني والثالث نصفان ويرجع
عما اقر الاول لم يصح رجوعه وبقي حق الاول في جميع الحرية كما كان واقراره
بنصف الثلث الثاني غير مقيد وهو مستغن عنه لانه قد عتق نصفه بالاقرار
قبله فلم يصر مقرا له بزيادة عتق بهذا الانكار وبعد ذلك لم يوجد في حقه
الانكار عتقه وبهذا لا يريد حقه فلا ينتقص حقه لكن بهذا يصير مقرا
للثالث زيادة السدس من رقبته الى تمام النصف فيعتق نصف الثالث
عند انكاره عتق الاول وبانكار الثالث فقد رجع عما اقر فلا يصح وبهذا
الانكار لم يصر مقرا للثاني بشيء لسبق انكار عتقه على انكار عتق الثالث
ثم قال ابو بكر البلخي رحمه الله تعالى يجوز ان يقال ما ذكر محمد رحمه الله
من الجواب انهم يعتقون من غير سعاية جواب القياس لانه اقر بعتقهم
اولا ثم انكر عتقهم بعد الاقرار فكان بمنزلة ما لو اقر بعتقهم جميعا معا وانكر
عتقهم جميعا وجواب القياس في تلك المسئلة انهم يعتقون من غير سعاية
فكذلك هنا ولو بدأ بانكار عتق الاول ثم بنى بالثالث وثلث بالثاني فهذا
الانكار لا يعتبر في حق الاول لانه مستغن عن الاقرار لانه عتق كله
فكان رجوعا في حقه فلا يصح ويعتبر في حق الثالث وثلث بالثاني
فهذا الانكار لا يعتبر في حق الاول لانه مستغن عن الاقرار لانه عتق
كله فكان رجوعا في حقه فلا يصح ويعتبر في حق الثالث لانه مغير في حقه
لانه بانكار عتق الاول زعم ان الثلث بين الثاني والثالث فيعتق نصف الثالث
فبعد ذلك لم يوجد في حقه فنقول لما جحد عتق الثاني فقد زعم ان الثلث
بين الاول والثالث نصفان الا ان الاول مستغن عن اقراره فلا يعتبر
في حقه ويعتبر في حق الثالث لانه يزداد ثلثا سدسا في حقه فيعتق

فيعتق منه نصفه ولما جحد عتق الثالث فقد زعم ان الوصية كلها للثالث
للاول والاول قد نال العتق كله والثاني سبق فيه الجحود فلا فائدة في
هذا الانكار بجحوده عتق الاول لا يزداد حق الثاني والثالث لانه سبق فيهما جحود
فيعتق كل الاول ونصف الثاني ونصف الثالث وفي المبسوط ولو اقر انه
اباه دبر هذا العبد في مرضه وسكت ثم قال واعتق هذا الآخر في مرضه
فان المدبر يعتق بالثلث ويعتق من الآخر نصف الثلث اما المدبر فلانه
اقر له في وقت لا ينازعه فثبتت وصيته لانه يخرج من الثلث فلما اقر
للثاني انه اعتقه ولم يرجع عن المدبر صار كانه قال الثلث بينهما فاقراره للثاني
بنصف الثلث جائز ورجوعه عن الاول باطل وكذا لو شهد الشهود على اقرار
الوارث في حياة ابيه او بعد موته وهو ينكر لان ظهور اقراره بالشهادة
كظهوره بالاقرار معاينة وكذا لو شهدا احدهما انه اقر قبل موته والآخر انه
اقر بعد موته لانهم شهدوا على القول واختلاف الشهود في المكان
والزمان في الاقوال لا يمنع قبول الشهادة على ما ذكرنا والله اعلم بالصواب

باب من الوصايا بالثلث

مال عند موته لمواليه اصل الباب

ان العمل بحقيقة الكلام واجب ما امكن لان الظاهر ان المتكلم يريد بكلامه
ما وضع له لان الافهام يتصرف اليه ولا يصرف الى غير ما وضع له وهو المختار
الا عند تعذر العمل بالحقيقة ولا يصار الى البدل الا عند العجز عن الحقيقة والجمع
بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد لا يجوز لتناف بينهما وحرف آخر ان
ان الوصية للمعلوم والمجهول جهالة متدركة لا يمكن رفعها لا يجوز لان في
الوجه الاول يمكن اتصال الموجب به الى الموصى له فافادت فائدتها فتصح وفي
الوجه الثاني لا يمكن فبقيت غير مفيدة فلا يصح وصارت كالوكالة
حيث تتحمل الجهالة اليسيرة دون الفاحشة ولهذا لو اوصى ان يباع عبده
ولم يزد على ذلك او اوصى ان يباع بقيمته فالوصية باطلة لان الموصى له مجهول
جهالة فاحشة بخلاف بيع القيمة لان الغالب ان القيمة تشترى بارخص
مما يشترى غير القيمة فكان ادنى بالحظ دلالة اذا لم يشر بقيمته
وحرف آخر ان الايجاب بالاسم المشترك لا يصح الا بقرينة
البيان لانه يدخل فيه الاجمال والمحل من الكلام لا حكم له بقرينة البيان
وهذا لانه لا يمكن حمله على المعنيين لان المشترك لا عموم له كالمقر المشترك
بين الطهر والحيض في قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء

فانه لا يتناول كلاهما بالاجماع بل احدهما عندنا الحيض وعند الشافعي رحمة
الله الطهر وهو الان بين معانٍ في مسميات الاسم المشترك منافاة ومضادة
بينا ولهما لفظ واحد كالحقيقة مع المجاز واذا انعدم العمل والترجيح وجب
التوقف بخلاف اسم العام فانه يتناول جنس المسمى لان كل جنس واحد وهذا
اذا كان في موضع الاثبات اما في موضع النفي بنفيان لانعدام التنافي في
النفي اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اوصى بثلث ماله لمواليه
وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة في قول ابي يوسف رحمه الله
وقولنا حتى يتبين لان الفريقين اوصى واذا مات قبل البيان لا تنفذ
الوصية هكذا اذا ذكر في الكتاب وذكر في الكتاب وذكر القاضي ابو الهيثم
النيسابوري عن ابي سهل الزجاجي عن ابي حنيفة رحمهم الله انها جائزة ويكون
الثلث بين الفريقين وتخصيص قول ابي يوسف ومحمد رحمهم الله بالذكر يدل
على ان قول ابي حنيفة رحمه الله بخلاف قولهما قال الشيخ الامام الزاهد
المعروف بجواهر زاده رحمه الله تعالى يحتمل ان يكون ما ذكر محمد رحمه الله تعالى
قول الاول وهو جواب القياس وذكر في ظاهر الرواية قول الاخر وهو
جواب الاستحسان وتخصيص قولهما لا يدل على انه بخلاف قولهما وروى
الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله ان الوصية باطلة وهكذا روى هشام
عن محمد عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله وروى الحسن بن ابي
مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمهم الله انه كان يقول ايضا
الوصية للفريقين جميعا كلهم مواليه وروى عن ابي يوسف رحمه الله ان الوصية
جائزة والثلث للذين اعتقوه وروى عن محمد رحمه الله انها باطلة الا ان
يصطلحا فتصح فيكون بينهما كما لو اقر لاحد رجلين بالف درهم ان الاقرار
باطل الا ان يصطلحا ان يكون بينهما فيصح وكما لو زوج اختين في عقدين
متفرقين لا يدرى ايتهما اول وكما لو اوصى لثلاثة لكل واحد بثبوت قضا
ثوب لا يدرى انها هو ان الوصية تبطل الا ان يصطلحوا وجه ما روى عن
ابي يوسف رحمه الله انه يصرف الى المولى الاسفل ايهم احق بهذا الاسم
فانهم يضافون الى الاعلى للتعريف والاعلى لا يضاف الى الاسفل للتعريف
ولان اهتمام الاعلى بمصلحة الاسفل اظهر لفقرهم وحاجتهم ولان الانعام في حق
المحتاج اولى واكثر والوصية تبرع والاعلى تبرع على الاسفل في الغالب وقد
جرت العادة انهم يعتقون العبيد ويعطون لهم مع ذلك مالا واراخي

واراخي يتعيشون بها والمعروف عرفا كالمشروط باللفظ وعن ابي يوسف
رحمه الله تعالى ان الوصية جائزة والخيار الى الورثة كما لو قال اوصيت بثلث
مالي لبني فلان وهم ثلاثة فاذا هم خمسة وكما لو اوصى بثلث ماله لاحد رجلين او
لفلان وفلان او اوصى بعتق احد عبدين على ما ذكرنا في الباب الاول
وجه رواية ابي سهل رحمه الله ان اسم المولى شامل الفريقين ويطلق على
الفريقين بسبب واحد وهو العتق فانه سبب العتق يسمى المعتق مولى
العتاقة والمعتق ايضا مولى العتاقة والعتق شيء واحد فاذا كان هذا الاسم
مما يطلق على الفريقين بسبب واحد وقد رتب الاستحقاق على الاسم
يجوز ان يجمعهما بحسب هذا اللفظ لدخول الكل بحسب اطلاقه فصحت الوصية
واستحقوا جميعا اوليس احد الفريقين باولى من البعض فيكون بمنزلة
الاسم العام لا بمنزلة الاسم المشترك فصار بمنزلة ما اوصى لاخوة
بثلث ماله وله اب او ابن يحرز ميراثه وله ستة اخوة اخوان لاب وام و
اخوان لاب واخوان لام ان الثلث بينهم بالسوية لان اسم الاخوة يتناول
الكل بسبب واحد وهو الاجتماع في صلب رجل واحد وفي رحم مراة واحدة
كذلك هنا بخلاف ما ذكر في الايمان اذا حلف لا يكلم موالي فلان فكلم
ثلاثة من الاعلى او الاسفل يحنث وبيتنا ولهما اليمين فانا لا نقول الاسم
يتناولهما بل يتناول احدهما الا انه نكرة في موضع النفي فيعم كما لو حلف لا يكلم
رجلا وهنا نكرة في موضع الاثبات فيخص فبقي مجهولا فلا يصح الا ترى
انه لو قال قائل في المحل لون لا يتناول الصفرة والحمرة في الثبوت
ولو قال لا لون في المحل ينفيان ولان المقصود في مسئلتنا مختلف لما ذكرنا
وفي اليمين المقصود واحد وهو هجران من ينصل به ولا يمكن اثبات احدهما
عن عين لتبيين الوارث لاختلاف الغرض على ما ذكرنا ولا وجه الى الا
الى الاصطلاح لان الوصية تمليك مبتدأ فلا يصح مع الجهالة كسائر
التمليكات بخلاف الاقرار لانه اخبار وهيان انه ملك احدهما وانه
صحيح فينبغي به ملكه فاذا اصطلحا كان فيه وصول الحق الى المالك والى غيره
برضاه ويكون الاخر وكيلا عنه في قبض ملكه او هبة له وتسليطا له على القبض
وكذا القبض واجب وانها الجهالة في حق الاستيفاء فيكون احدهما قابضه
بعض حقها والاخرى وكيله عنها في القبض وبخلاف الوصية بالاثواب
لانها قد صحت لتعيين الموصى له الا انه جهل من له حق قبض الباقي واذا اصطلحا
يجوز بالطريق الذي قلنا وبخلاف الوصية لاحد رجلين لان المقصود متحد ا

متحدا ايضا وهو الثوب ان كان فقيرا والتودد والتحبب ان كان غنيا لجاز ان
يثبت لاحدهما ويكون للوارث ولاية البيان مع ان عند ابي حنيفة رحمه الله لم
لا يصح لما قلنا وبخلاف ما اذا اوصى لبني فلان وهم ثلاثة لان الوصية لبني فلان
صحيحة لو اقتصر عليه فاذا قال وهم ثلاثة فهذا تخصيص لثلاثة منهم فيكون البيان
الوارث اما هنا الايجاب للمجهول فلا يصح فرق بين هذا وبين ما اوصى لاولاد
فلان ولفلان اولاد الصلبيه واولاد اولاد لا يدخل اولاد اولاده في الوصية
مع وجود الاولاد لان اضافة ولد الصلب الى فلان انما كان بما شرع ايلاده
حقيقة ولا ايلاد حقيقة في اولاده لانه باشر اولادهم ولم يباشر ايلاد
اولاد الاولاد بل بسبب ولهذا دخل بينهما واسطة اختيارية والاضافة
الى المباشر حقيقة والى المجاز المسبب مجازا والحقيقة مراده بهذا الاضافة
فلا يبقى المجاز مرادا لانهما يجتمعان تحت اللفظ واحدا اما هنا اولاد مواليه
يضافون اليه من حيث الحقيقة لان اباهم يضافون اليه بطريق الحقيقة لم
بما شرع اعتاقهم ولا اولاده يضافون اليه بما شرع اعتاق الاب ايضا
لا بما شرع اعتاق الولد فكان اضافة ولد الاضافي الموالى اليه
بالسبب الذى كان يضاف الى الاب فكان حقيقة الدليل على الفرق ان ولد
الولد استقام النفي عنه وفي ولد المولى لا يستقيم النفي عنه فصح ان يقال ولد
مولاه الذى اعتقه وليس بمولاه واما عدم دخول موالى مواليه في هذه الوصية فان
فان الكلام بحقيقته ما امكن وحقيقة اسم الموالى للموالى الذى اعتقه لانه باشر
اعتاقه ولموالى مواليه بمنزلة المجاز لانه ما باشر اعتاقهم وانما باشر عتق
مواليهم وهم يصلون الى العتق بذلك السبب ولهذا يصح النفي عن المعتق لم
ولا موالى مواليه الا ترى انه لو اوصى لاولاد فلان وليس لفلان الا ولد واحد
وقت موته لا يستحق الا نصف الثلث ويرد الباقي الى الورثة ولانه لو كان
معه اخر يستحق هو نصف الثلث فاذا كان يستحق نصف الثلث مع غيره
فلا يستحق عند عدم كان اولى فان قيل كما يستحق الواحد نصفا للثلث
اذا كان معه اخر يستحق ثلث الثلث اذا كان معه اثنان فلم كان اعتبار
الواحد مع هذا الباقي اولى من اعتبار الاثنين بل اعتبار الاثنين اولى
لان اقل الجمع الصحيح ثلاثة الا انا اعتبرنا الاثنين جميعا عند وجودهما
عملا بموجب الوصية بقدر الامكان عند عدم الحاجة الى التقدير فعند الحاجة
اليه يصار الى الاصل فقيل له ما زاد على الاثنين مما لا يتعلق به ثبوت الجمع
في باب الوصية لان الجمع الصحيح في الوصية اثنان ولا نهاية للزيادة على

على ما يثبت به الجمع فلا يحتسب وانما يرد النصف الى الورثة لا الى موالى المولى
لان الحقيقة مراده بهذا الكلام فلا يبقى المجاز مرادا فيبقى نصف الثلث
مالا خاليا عن الدين والوصية فيكون للوارث فرق بين هذه المسئلة
وبينها اذا اوصى بثلث ماله لاقاربه وله عمان وخالان كان الثلث للعمين ولا
شيء للخالين عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان له عم وخالان او عم وخال فالنصف
للعم والنصف للخال ولا يرد شيء الى الورثة والفرق ان الاستحقاق ثمة باسم
القرابة واسم القرب حقيقة للخال كما هو للعم الا ان العم اقرب فيصرف اليه بطريق
الترجيح فمتى فضل من الاقرب شيء جاز صرفه الى الابعد لانه لا يؤدي الى الجمع
بين الحقيقة والمجاز اما هنا اسم الموالى لمولاه حقيقة ولموالى مواليه مجازا و
ولا يجوز الجمع بينهما وان كان مواليه قد ماتوا ولم يبق منهم احد فهو لاولاد لم
مواليه دون موالى مواليه لما ذكرنا وان لم يكن لهم اولاد فهو لموالى مواليه
لانه اذا لم يكن للميت موال اعتقهم ولا اولادهم تعذر العمل بالحقيقة وامكن
العمل بالمجاز فان موالى موالى ينسبون اليه لما ذكرنا ومقصوده من الوصية الاعمال
دون الاهمال فمهما امكن حمله على الافادة لا يجوز اهماله كما لو اوصى بثلث
ماله لاولاد فلان ولم يكن لفلان اولاد لصلبه وله اولاد اولاد يصرف الثلث
اليهم وانما يدخل في الوصية الموالى المعتقة واولادها اذا لم يكن الاب معتق
قوم اخر او لم يكن عربيا اما اذا كان لا يدخل الولد لانه مولى لموالى الاب
وينسب الى قوم الاب دون الام وان كان حرا من غير العرب يدخل عندهما
خلافا لابي يوسف رحمه الله لان عنده الولاء بمنزلة النسب فيجب الحاقه
بالاب كما لو كانا معتقين وعندهما ولاء العتق اقوى ولاء الموالاة فصار الاضعف
في مقابلته عدما فصار كما لو كان الاب عبدا وقال محمد رحمه الله الوصية لم
للمعتقين واولادهم دون موالى الموالاة استحسن ذلك وادع القياس فيه
لان الاسم تناول المعتق بالعتق والعاقد بالعقد وهما معنيان مختلفان
ولا يجوز ان يحمل عليهما كما لا يحمل على الاعلى والاسفل وليس هذا كالموالى واو
واولادهم لانهم ينسبون اليه بولاء واحد فلذلك دخلوا في الوصية وكذا
الزوج والزوجة وانما يورث به اذا لم يكن للموالى عصبة لانه قام مقام
معتقه لسبب التعصيب بالشرع لقوله عليه الصلوة والسلام الولاء للكبر
وبجعل كان الوارث هو الذى اعتقه بخلاف الوصية لان الاستحقاق بها
بصحة الاضافة والسنة والتسمية ولم يوجد روى عن ابي يوسف رحمه
الله انه قال موالى ابنه يدخلون فيه وذكر في الاصل انه لا يجوز اضافة الاب

ومولى الابن الى نفسه قال محمد رحمه الله تعالى في الكتاب وليس الارث
مما يدل على انهم مواليه قال الا ترى انه لو كان عبدان اب وابن اشترى الاب
رجل من بني اسد والابن رجل من بني تميم فاعتق الاسدي الاب التميمي
الابن فاشترى كل واحد منهما عبيدا واعتقهم فمات الاب ثم مات معتقه
فان ميراث المعتق للابن وان كان هو مولى لبني تميم والمعتق مولى لبني اسد
حتى يكون عقل جنايته عليهم وكذا لو مات الابن ثم مات معتقه فميراثه للاب
وهو مولى بني اسد لانه انما ينسب بالولاء الى المعتق وعصبته لكن الميراث يكون بالقرابة
ولو لم يكن للموصي احد من الموالي موالاة اسلموا على يده وولده او اسلموا ثم والوه فالثلث لهم
لانهم يسمون بهذا الاسم وينسبون اليه بالولاء بحكم العقد لانه كالمنعم عليهم بهذا العقد
لالتزامه بنصرهم والعقل عنهم فكان كالاعتاق فجاز ان يدخلوا تحت الايجاب عند انعدام
غيرهم عملا بايجابه بقدر الامكان فان كان معهم موالي اعتقهم او اولادهم او موالي موالي
فالثلث لهم دون موالي الموالاة استحسانا وفي القياس هو مثل الموالي الذين
اعتقهم واختلف المشايخ رحمهم الله فيه ذكر الفقيه ابو بكر الجصاص في شرح
جامعه عن ابي الحسن الكرخي رحمهم الله انه كان يقول الاستحسان فيما اذا كان
الموصي موالي مواليه الذين اعتقهم وموالي الذين اسلموا على يديه ووالوه فالقياس
ان يكون الثلث كله للموالي الذين اسلموا واما عدم دخول موالي مواليه في
هذه الوصية فان الكلام بحقيقته ما امكن وحقيقة اسم الموالي للموالي
الذي اعتقه لانه باشر اعتاقه فالموالي موليه بمنزلة المجاز لانه ما باشر
اعتاقهم وانما باشر عتق مواليهم وهم يصلون الى العتق بذلك السبب ولهذا
يصح النفي عن المعتق ولا موالي مولاه الا ترى انه لو اوصى لاولاد فلان وله
ولد وولد ولد لا يستحق ولد الولد شيئا ما دام احد من اولاده باقيا
كذلك هنا وكذلك ان كان من مواليه اثنان فالثلث لهم لان الاثنين في
باب الوصية بمنزلة الثلث لانها اخت الميراث لانها تجب بالموت كالميراث
وفي الميراث الاثنين حكم الجمع قال الله تعالى يوصيكم الله في اولادكم
للذكر مثل حظ الانثيين والحكم يتناول الاثنين كما يتناول الثلاث
والا ترى ان الاخوين يحجبان الام من الثلث الى السدس بمعنى وجد من
الثلث الى السدس بمعنى وجد من يستحق كل الثلث لا يصرف الى غيره
كما لو كانوا ثلاثة وان لم يبق منهم الا واحد فله نصف الثلث ويرد
نصفه الى الورثة ولا يكون لموالي مواليه بشيء اما له نصف الثلث لان الواحد
لا يصح مستحقا لكله لان الموصي علق الاستحقاق باسم الجميع وليس للواحد

للواحد حكم الجمع في شيء من الاحكام فلم يستحق الكل والفرق ان الاستحقاق
ثمة باسم القرابة واسم القرب حقيقة للخال كما هو للعم اقرب فينصرف اليه
بطريق الترجيح بمعنى فضل حرز الاقرب شيء جاء وصرفه الى الابعد
لانه لا يؤدي الى الجمع بين الحقيقة والمجاز اما هنا اسم الموالي لمولاه حقيقة
والمولى مواليه مجازا ولا يجوز الجمع بينهما وهذا لان موالي بمنزلة البدل
عن الموالي في حق النسبة اليه بالولاء فما دام بعض من الاصل باقيا لا يظهر
حكم البدل بخلاف الخال مع العم وان كان جزاء عن العرب يدخل
عندهما خلافا لمحمد وابي يوسف رحمهم الله لان عنده الولاء بمنزلة
النسب فيحجب الحافدة بالاب كما لو كانا معتقين وعندهما ولاء العتق
اقوى من ولاء الموالاة فصار الاضعف في مقابلته عدما فصار
فصار كما لو كان للاب عبدا وفي شرح الكرخي رحمه الله تعالى
لو كان الموصي من العرب وله موالي اعتاقه وموالي اسلموا على يده ووالوه
فهم في الوصية شركاء لان المعتق والعاقد يثبت ولهما اسم المولى بمعنى
يجمعهما وهو كونهما تبعا للمولى فوجب ان يحمل الاسم عليهما وقال محمد رحمه الله
تعالى الوصية للمعتقين واولادهم دون موالي الموالاة استحسن ذلك وادع
القياس فيه لان الاسم تناول المعتق بالمعتق والعاقد بالعقد وهما
معنيان مختلفان ولا يجوز ان يحمل عليهما كما لا يحمل على الاعلى والاسفل و
ليس هذا كالموالي واولادهم لانهم ينسبون اليه بولاء واحد فلذلك دخلوا في
الوصية ولو لم يكن الموصي موالي ولا مولاه موالي ولا موالي موالي ولكن
لابنه او لابنه موال اعتقهم فمات الاب وورث الاب ولاهم او مات
الابن وورث الاب ولاهم فلا شيء لهم لان هو ليس بمواليه لا حقيقة
ولا مجازا وهو انما اوصى لمن يضاف وينسب اليه بالولاء وانما يضاف وينسب
اليه بالولاء من باشر هو اعتاقه او تسبب وهو لم يباشر عتق
موالي ابيه او ابنه ولا تسبب له لان موالي ابنه قد يسبقون وجوده وما
اعتق ابنه بل ابنه كان حرا واعتقه غيره وانما يرث الاب من معتق ابنه
او الابن من معتق ابيه بحق القرابة لا بسبب الارث لان الولاء لا يورث
ولهذا ليس للبنات شيء من الولاء ولو لم يكن للموصي احد من الموالي الا موالي
موالاة اسلموا على يده ووالوه او اسلموا ثم والوه فالثلث لهم لانهم يسمون
بهذا الاسم وينسبون اليه بالولاء بحكم العقد لانه كالمنعم عليهم بهذا العقد
لالتزامه بنصرهم والعقل عليهم فكان كالاعتاق فجاز ان يدخلوا تحت
الايجاب عند انعدام غيرهم عملا بايجابه بقدر الامكان فان كان معهم

موال اعتقهم او اولاد او موالي موال فالثلث لهم دون موالي الموالاة استحسانا
وفي القياس هم مثل الموالي الذين اعتقهم واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى
فيه ذكر الفقيه ابو بكر الخصاف في شرح جامعه عن ابي الحسن الكرخي رحمه
الله انه كان يقول القياس والاستحسان فيما اذا كان الموصي موالي مواليه
الذين اعتقهم وموالي الذين اسلموا على يديه فوالوه فالقياس ان يكون الثلث كله
لموالي الذين اسلموا على يديه ووالوه وفي الاستحسان والقياس الكل لموالي
موالي الذين اعتقهم اما ان كان للموصي موالي الذين اعتقهم يجب ان يبطل الوصية
قياسا واستحسانا اذا مات الموصي من غير بيان ويكون الثلث للورثة لانه
تعذر ادخال الفريقين تحت الوصية لان ولاء الفريقين انما يثبت للموصي
بسببين مختلفين فيكون الداخل احدهما اولى من الاخر فيبطل كما لو
كان للموصي موال اعتقهم وموال اعتقوه وهو مسئلة اول الباب ومن مشايخنا
رحمهم الله تعالى من قال لا بل القياس والاستحسان في الكل الا انه
اذا كان للموصي موال اعتقهم يشتركان في الثلث فيكون الثلث بين الفريقين
الفريقين نصفين كما ذكر من قول ابي يوسف رحمه الله تعالى وفي
الاستحسان كله للموالي الذين اعتقهم واذا كان للموصي موالي مواليه الذين
اعتقهم فالقياس ان يكون كله للموالي الذين اسلموا على يديه ووالوه وتصرح
موالي مواليه محجوبين بهم وفي الاستحسان الثلث كله لموالي مواليه الذين
اعتقهم واليه ذهب صاحب الكتاب رحمه الله امامي قال بان القياس والاستحسان
فيما اذا كان الموصي موالي مواليه وجه القياس ان ولاء مواليه الذين اسلموا على
يديه ووالوه يثبت بمباشرة الموصي بسبب وهو عقد الموالاة وولاء موالي موالي
الذين اعتقهم لم يثبت بمباشرة الموصي السبب وهو الاعتاق فكان هذا
الاسم لموالي الموالاة حقيقة ولموالي المواليه مجاز فكان الصرف الى الحقيقة
اولى كموالي الذين الذين اعتقهم مولى مواليه وكما في الوصية لاولاد فلان
عند اجتماع الاما مع الاولاد وجه الاستحسان وهو الفرق بين المسئلتين
ان الذين اعتقهم انهم صاروا مقدمين على موالي مواليه لانه استوى ولاء كل
واحد من الفريقين في حق الثبوت من الموصي فان كل واحد منهما من الموصي
على وجه لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فبطلت الترجيح من وجه اخر فرجحنا
موالي الذين اعتقهم على موالي مواليه بسبب المباشرة وههنا لا مساواة
من حيث الثبوت لان ولاء الموالاة مما يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء مواليه
لا يحتمل فاذا لم يقع التساوي بين السببين من حيث الثبوت لم يبطل

لم يطلب الترجيح من وجه اخر لعدم التعارض بخلاف الاعلى مع الاسفل لانه
اختلف المقصود لما ذكرنا ان المقصود من الوصية الاسفل الزيادة على الانعام
ومن الوصية الاعلى المجازاة على الانعام ولا يدري من قام مقام الميت مقصودا
من الميت حتى يقوم مقامه في البيان فتبطل الوصية وجه الاستحسان ان ولا
كل واحد من الفريقين وان استويا من هذا الوجه الا ان ولاء الذين اعتقهم اقوى
واكد لان ولاء العتاقة مجمع على ثبوته وولاء الموالاة مختلف فيه وولاء العتاقة
لا يحتمل الفسخ ويقدم في الارث على ذوي الارحام ومولى الموالاة يحتمل الفسخ
قبل العقل والارث ويؤخر عن ذوي الارحام فاذا كان ساقطا ومحجوبا
في حق الارث فكذلك في حق الوصية ولو اوصى بثلث ماله لموالي بني فلان
لفخذ يحصون يريد بالفخذ جماعة قليلة كتميم لبني تميم واسد لبني اسد
ولهم موال اعتقوهم واولادهم موال وموالي موال وموالي الموالاة فالثلث لموالي
العتاقة واولادهم ومواليهم ولا شيء لموالي الموالاة فرق بين هذا وبين اذا
اوصى لموالي بني فلان وفلان اب خاص ولم يكن اب قبيلة والمسئلة بحالها
فان الثلث لمعتقي بني فلان دون اولادهم ومواليهم ولو اوصى بثلث ماله لبني
فلان وفلان اب خاص وله بنون من صلبه وبنو البنين دخل تحت الوصية
بنون لصلبه لا غير واستدل باضافة الموصي الوصية الى اب خاص على انه
اراد بذلك تخصيص المنتسبين اليه من بينه وهم بنون لصلبه فاذا
ثبت هذا في النسب فكذا في الولاء فان قيل هذا جمع بين الحقيقة والمجاز
بلفظ واحد لان بني فلان لبنيه لصلبه حقيقة ولموالي مواليه
مجاز لما ذكرنا والجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد لا يجوز قيل له نحن
ما جمعنا بين الحقيقة والمجاز انما عملنا بعموم المجاز بيانه انا جعلنا
الاسم المضاف اليه الوصية الى كان مضافا الى اصل عام عبارة عمن
ينسب اليه مجازا بواسطة وبغير واسطة لانه انما يسمى فخذا اذا هلك
بنو فلان وخلفوا اولادا واعقابا اما ما دام بنوه باقيا لا يسمى فخذ
واذا كانت النسبة مجازا تناول الكل بعمومه كما لو حلف لا يضع قدمه
في دار فلان فدخلها راكبا او راجلا حنث لان وضع القدم صار عبارة
عن الدخول وصار كانه قال لا ادخل وفي المبسوط لو اوصى بثلث ماله
لبني فلان فان كان اب قبيلة دخل فيه الذكور والاناث ان كانوا لا
يحصون وان كانوا ذكورا واناثا فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله وابو
يوسف رحمه الله تعالى الوصية للذكور دون الاناث وقال محمد
رحمه الله تعالى دخل فيه الذكور والاناث وهو احدى الروايتين عن ابي

عن ابي حنيفة وعن خالد السمتي وذكر في شرح الكرخي ان اسم البنين
يطلق على الذكور والاناث قال الله تعالى يا بني آدم ولم يقتصر اللفظ
على الذكور خاصة لان النسب الى الجد بمنزلة النسب الى الاب وان كثيرا
من الناس ينسبون الى الجذور الا ترى ان ابن ابي ليلى ينسب الى
جده وكذلك غيره بخلاف ما اذا كان فلان اب قبيلة لان النسبة
اليه لا يقصد بها الاعتاق وانما يقصد الانتساب وانه موجود في
الذكور والاناث ولهذا يدخل الحليف والاباعد وان لم يكن معهن رجل
وان اوصى بثلاثه لولد فلان وله بنون وبنات كان الثلث بينهم بالسوية
لان لفظ الولد اسم جنس للمولود ذكرا كان او انثى واحدا كان او اكثر ولو
كانت لامرأة حامل دخل ما في بطنها في الوصية لانه دخل تحت اسم الولد
في الميراث فكذا في الوصية فان كانت له بنات وبنوا ابن فالوصية
لبناته دون بني ابنه لان لفظ الولد يتناول الابنة حقيقة ويتناول اولاد
الابن مجازا فمهما امكن صرفه الى الحقيقة لا يصرف الى المجاز فان لم يكن له ولد
لصلبه فالوصية لولد الابن يستوي فيه ذكورهم واناثهم لانه تعذر الصرف الى
الحقيقة فيصرف الى المجاز تصحيحا للكلام ولا يدخل اولاد البنات لانهم
من قوم آخرين وليسوا من اولاده لان النسب الى الاباء دل عليه قوله تعالى
ما كان محمد ابا احد من رجالكم ولو كان ولد البنات ينسبون الى جدهم لكان
رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا الحسن والحسين رضي الله عنهما
وذكر الخصاف عن محمد ان ولد البنات يدخلون فيها كولد البنين وذكر في السير
الكبير اذا اخذ الامان لنفسه وولده يدخل فيه ولد ولد البنات وفي بعض
النسخ انه لا يدخل وهذا لان الولد ينسب الى ابويه فهذا ابن لابيه وابن لامه
لامه حقيقة وابن بجديه مجازا فاذا نسب الى اب ابيه بانه ابنه فكذلك
الى اب امه ولان عيسى عليه السلام من بني آدم وان كان ينسب اليه الا من
الام الا ان الاصح ولد البنت لا تدخل في الوصية والوقف واما مسئلة
السير فقيل هو قول محمد رحمه الله تعالى والفرق ان مبنى الامان
على التوسعة ولهذا يثبت بالاشارة والتعريض والدلالة وقد روي ان
علجا اخذ في عهد عمر رضي الله تعالى عنه في الحرب فلما جاؤا به الى عمر رضي
الله عنه قال له تكلم فقال كلام حي او كلام ميت فتكلم ثم اراد عمر رضي الله
عنه ان يقتله فقال ليس لك ان تقتلني لانك امنتني فقال متى
قال حين قلت كلام حي ولانه لا ضرر على اولاد البنين في دخول ولد

ولد البنت في الامان بخلاف الوصية والوقف الا ترى ان في الوصية الا قارب
يعتبر ابو حنيفة رحمه الله الاقرب فالاقرب دفعا للضرر عن الاقرب بمشاركة
الابعد كذلك في شرح الكرخي فان كان لفلان ابن وبنوا ابن وقد اوصى لبني فلان
فلابنه النصف وما بقي فهو مردود على الورثة وان كان له ابنان لصلبه فهو لهما وقال ابو
يوسف ان كان له ابن وابنا ابن فلابنه النصف وما بقي فلابني ابنه وهو قول
محمد رحمه الله وذكر في آخر الباب عن الحسن رحمهم الله ان الوصية بين الابن
للصلب وبين ابني الابن قال وهذا قياس قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف
رحمهم الله والصحيح على اصل ابي حنيفة ما بينا ان اسم الابن يتناول ولد الصلب
حقيقة وولد الابن مجازا ومن اصله ان الاسم لا يحمل على الحقيقة والمجاز في حالة
واحدة فيشترك الولد وولد الولد بخلاف ما اذا كان له ابنان لان اسم
الجمع في الوصايا يتناول الاثنين فصاعدا وقد وجد من يستحق جملة الوصية فلا يحمل
على غيرهم وان كان له بنات اصلية وبنوا ابن فلا شيء لهم في قولهم قول ابي
حنيفة رحمه الله تعالى لان الاسم يتناول ولد الصلب حقيقة وهو موجود
ويسقط ولد الولد ولم يستحق البنات لان اسم البنين لا يتناولهن
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهم الله هو بينهم بالسوية وعلى اصلهما تحمل الوصية
على ولد الولد والولد اذا لم يجر افراد الولد بها واذا تناولهما الاسم على الاشتراك
صاروا كالبطن الواحد فيشترك ذكورهم واناثهم قال هشام سالت محمد
رحمه الله عن رجل قال اوصيت بثلث مالي لبني فلان او لاخوة فلان فاخبرني
عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال هو للذكور الاناث وقال محمد هو بينهم بالسوا
لا يزاد ذكر على انثى على ما بينا ولو اوصى بثلث ماله لمواليه وله امهات اولاد ومدبرون
فمات عتقوا ولا يدخلون في الوصية وروى بشر عن ابي يوسف رحمهم الله
انهم يدخلون قال بشر قال ابو يوسف بعد ذلك لا يدخل في الوصية
الا من عتق قبل موته وجه قوله الاول ان المدبر وولد الولد من جملة مواليه حال حياته
لان بالتدبير والاستيلاد يثبت لهما الولاء لان التدبير والاستيلاد سبب
سبب لثبوت الولاء على وجه لا يحتمل الفسخ كالاعتاق فلهذا قالوا في المدبر
بين اثنين اذا اعتق احدهما او اعتق نصيبه فالولاء بينهما نصفان عندهم
جميعا وان عتقا لكل من جهة المعتوق عند ابي يوسف ومحمد رحمهم الله وجه ظاهر
الرواية الوصية ايجاب عند الموت فانما يتناول من يسمى بهذا الاسم
عند الموت لا من حدث بعده وهؤلاء انما صاروا موالي الموصي بعد موته بزمان
ما بعد الموت حال ثبوت العتوق لهم فلا يكونون بعد الموت بلا فصل
مواليه واما بعد الموت بلا فصل حال ثبوت الوصية ووجوبها وهؤلا ليسوا

بمواليه حال ثبوت الوصية ووجوبها فلا يكون لهم شيء قوله بان هولاء من مواليه حال
حياة الموصي فليس كذلك بل لهم حال حياة الموصي حق الولاء لان لهم حق العتق
والولاء ولا العتق فكان لهم حق ولا العتق وهذا لانهم وان كانوا يستحقون
بسبب قبل موت ولكن لا وجود له الا بعد الموت واستحقاق الاسم
لهم يعتمد الوجود والوجود متاخر وانما يكون الولا بينهما في تلك المسئلة
لانه يثبت لهما بالتدبير حق الولا وحق الولا يعتبر بحقيقة الولا وحقيقة
الولا لا تتحول فكذا حقه كالنسب فان اعتق عبدا بعد الوصية دخل في الوصية
لان الوصية ايجاب عند الموت ولهذا لو اوصى بثلث ماله ولا مال له فاستفاد مالا
ثم مات يستحق الموصى له ثلثه وكذا لو اوصى لاولاد فلان ولا ولد له ثم حدث
له اولاد ثم مات دخلوا في الوصية وكذا لو كان له اولاد وقت الوصية فماتوا وحدث
له اولاد كانت الوصية للموجودين وقت موته فكان الداخل تحت الوصية من كانت
من مواليه وقت ثبوت الوصية ووجوبها لا وقت وجود الوصية وحال ثبوت
الوصية ووجوبها ما بعد الموت بلا فصل وهولاء بعد الموت بلا فصل من مواليه
وكذلك لو قال لعبده ان لم اضربك فانت حر فمات قبل ان يضربه دخل
في الوصية لانه من مواليه حال حياته لانه انما يعتق في جزء من اجزاء حياته
حين وقع الياس عن الضرب فاستحق اسم المولى عند الموت اليه
اشار في الكتاب حيث قال لانه عتق قبل موته والله اعلم بالصواب

باب من الوصايا عند موته لبني فلان

اصل الباب ان الوصية متى وقعت لقوم يحصون وفيهم الغني والفقير وليس
في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة نحو الوصية لبني فلان وهو رجل معروف صحت و
يستوي فيه الذكر والانثى والغني والفقير لان الاستحقاق بالايجاب والايجاب
تناولهم على السوا فيكون بينهم على السوية كالبيع والهبة وغيرها ودخول الغني
فيها لا يفسدها ومتى وقعت لقوم لا يحصون كبني تميم ونحوهم وان لم يكن
في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة كقوله لشبان بني تميم فهي باطلة لان الوصية اذا لم
تكن فيها معنى القربة فهو حق الادمي وحقوق الادمي لا تثبت لغير المعين لم
لتعذر التسليم وان كان في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة والفقر ويستعمل فيه
صحت كما لو اوصى لفقراء بني تميم او لمساكينهم لان المقصود هو التقرب الى الله
تعالى وهو معلوم والفقراء محل التصرف فجوزنا لانهم لا يتوثر اذا كان المستحق
معلوما الا ترى ان الجنس اذا لم يمكن استقصاؤه تعلق الحكم ببعضه كقوله لا اتزوج
النسا وكقوله تعالى انما الصدقات للفقراء ولا يجب الدفع الى جميعهم
والخيار الى المتصدق فكذلك في الوصية تدفع الى بعض الفقراء والخيار

والخيار في تعيينهم الى الوصي او الوارث فامكن التسليم فيجوز فان وقعت لجماعة لا
يحصون واللفظ يقع على الغني وعلى الفقير كاليتامى ونحوهم صحت الوصية وتصرف
الى الفقرا الا انا لو حملنا الاسم على الاغنيا وهم لا يحصون بطلت الوصية ولو حملناه على
الفقرا صحت فوجب ان يحمل على الفقرا تصحيحا للتصرف وتحصيلا للغرض
الموصي الا ترى ان الله تعالى ذكر اليتامى في اية الخمس واراد به الفقرا وذكر
سبيل الله وابن السبيل في اية الصدقات والمراد به الفقرا وكذا في العرف
تذكر العميان والزمنى ويريدون الفقرا فحملت الوصية على ما تناوله الاسم
في حالة التخصيص لتصح بخلاف ما اذا كانوا يحصون لان الغني والفقير
كلاهما محل التمليك بالوصية وغيرها من الاسباب فامكن العمل بعموم
اللفظ فلا يصار الى التخصيص وبخلاف ما اذا اوصى لموالي فلان وله موالي اعلى و
اسفل لان ذلك لفظ مشترك يتناولهما لمعنيين مختلفين على ما
ذكرنا وهنا الاسم يتناول الكل لمعنى واحد فكان اسما عاما فحملناه على ما
يصحح التصرف بطريق التخصيص كالاخوة وحرف اخر ان اسامي الحقايق انما
تعرف بالنقل تارة يكون نصا وتارة يكون باستعمال اللفظ في ذلك المسمى
على الاطراد بحيث لا ينفى عنه بحال اما اذا كان ينفى عنه بحال يعلم انه مجاز فلا يحمل
عليه الا عند التعذر ومحمد رحمه الله امام مقبول القول فيما نقل من اللغة
لانه كان من ارباب اللغة حتى احتج ابو عبيد رحمه الله في غريب الحديث في
مواضع بقوله اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله تعالى رجل اوصى
بثلث ماله للفقرا ابني فلان فالوصية جائزة سوا كانوا يحصون او لا يحصون
لانه لما نص على الفقرا فقد قصد بذلك التصدق عليهم بثلث ماله والصدقة
تقع لله تعالى ثم تصير للفقرا من جهة الله تعالى قال صلى الله عليه
وسلم ان الصدقة تقع في يد الرحمن قبل ان تقع في كف الفقير والله تعالى
واحد معلوم لا شريك له فكان الموصى له بالثلث معلوما الا ترى انه لو اوصى
بثلث ماله لفقرا المسلمين جازت الوصية لهذا وان كانت الجهالة في المصرف
اكثر الى هذا اشار محمد رحمه الله حيث قال لان هذه وصية الله تعالى الا ترى
انه اوصى بان يشترى بثلث ماله عبيد فيعتقون جازت الوصية لهذا غير
انهم ان كانوا يحصون فالثلث بينهم على عدد روسهم الذكر والانثى والصغير
والكبير سوا لانهم اذا كانوا يحصون صار بمنزلة الوصية لهم كانوا سماهم
ولو سماهم لا يجوز اعطا البعض او تفضيل البعض على البعض كذلك هنا
وان كانوا لا يحصون فالافضل ان يصرف الى من قدر منهم كما في الزيادة
في الزكاة لانه قصد بالوصية ايصال المنفعة اليهم فاذا وصلت الى الجماعة

وهو اقرب الى الجنس وان صرف الى اثنين جاز لان الاثنين
في باب الوصية حكم الجمع كما في الميراث وقال بعضهم يعطى ثلاثة فانه
يقال فقيران وفقرا فاول ما يقع عليه هذا الاسم ثلاثة وان اعطى فقيرا
واحدا جاز عند ابي يوسف رحمة الله وعند محمد رحمة الله لا يجوز لا يجوز الا
ان يعطى اثنين فصاعدا حتى لو اعطى واحدا يضمن نصف الثلث او يسترد كذا
ذكره شمس الائمة الحلوانى رحمة الله تعالى لانه لم يوصل كل الثلث الى المستحق وقول
ابو حنيفة مع ابي يوسف رحمهم الله تعالى على قياس ما ذكر في الجامع الصغير
فانه ذكر في الزكوة لو اوصى بثلث ماله لفلان وللفقرا والمساكين ان عند
ابي حنيفة لفلان ثلث الثلث وللفقرا ثلثه وللمساكين ثلثه وقال
في الوصايا اذا اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاثة وللفقرا و
المساكين ان عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى يقسم الثلث بينهم على خمسة
وابي يوسف الثلث لهن وسهم للمساكين محمد يقول هذا حق وجب بايجابه
وايجابه يكون بصيغته وقد ذكر بصيغة الجمع ولا بد من اعتبار معنى الجمع
واقل الجمع في الوصية اثنان كما في الميراث ولا يعتبر المعنى فيما وجب بايجاب
العباد بل يعتبر الصيغة لان افعال العباد وتصرفاتهم قد تخلو عن الحكمة
فلا يمكن اعتبار المعنى بخلاف ايجاب الله تعالى الا ترى انه لو اوصى بثلث ماله
لنصف من الاصناف السبعة لم يجز صرفه الى غيرهم من صنف اخر
ولو اوصى بعبده لم يجز الاقتصار على بعضه ولو وكل رجلا ببيع عبده بالف
درهم فباع بالف دينار لا يجوز وان حصل مقصوده وزياده ولهما ان ايجاب
العباد معتبر بايجاب الله ثم ما اوجب الله تعالى من الصدقة للفقرا لو صرفه
الى فقير واحد جاز فكذا ما وجب بايجاب العبد ولان جواز الوصية معتبر
بايجاب الله تعالى الصدقة لولا ذلك لبطلت الجهالة فلما اعتبر في اصله
ايجاب الله تعالى فكذا في وصفه فكان المراد من ذكر الفقير الجنس لا
لا الجمع واسم الجنس يتناول الادنى ويحتمل الكل وهذا لانه يراد بذكر الصفة
الاصطناع بالمعروف والتقرب الى الله الله تعالى وتحصيل الثواب والحق
في الحقيقة الله تعالى والفقير مصرف ومن حيث انهم مصارف حق الله
تعالى جنس واحد واسم الجنس سواء كان بصيغة الجمع او بصيغة الفرد
يتناول الواحد فصاعدا كما في قوله تعالى لا تحل لك النساء من بعد وهذا لانه
لا يجب صرفه الى الكل وليس لما دونه حد معلوم فينصرف الى الادنى وقد ذكرنا
في الايمان وما ذكر من الوصية لنصف والصرف الى صنف اخر ممنوع الا ترى
انه لو اوصى بان يصرف ثلث ماله الى فقرا مكة فصرف الى غيرهم جاز لحصول

جاز لحصول المقصود وان كان الافضل الصرف اليهم كذلك هنا واختلفوا في
حد الاحصا قال بعضهم ان لا ياتي العد عليهم الا ان يموت منهم احدا ويلد
فيهم ولد وقال بعضهم اربعماية وعن محمد رحمة الله تعالى ان حد ما لا
يحصون عشرة وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى ماية وقال ابو عثمان
الهندي رحمة الله تعالى قول ابي يوسف رحمة الله تعالى احب الي والاصح انه
موكول الى رأى القاضى في الوصية والوقف والشفعة وهو اختيار الفقيه
ابي الليث رحمة الله عليه ولو كان لبني فلان موالي عتاقة واولاد موالاة ومواليهم
موالاة وخلفاء وعديد دخل الكل في الوصية اذا كانوا فقرا لان كل فريق من
هولاء ينسب الى فلان بالنبوة كما ينسب اليه بنو ابنيه لان فلانا اذا كان ابا
القبيلة لا يراد بالابن حقيقة وانما يراد به القبيلة والعشيرة والتناصر
وكل هولاء ينسبون الى القبيلة بطريق التناصر الا ترى ان واحدا منهم لو اعتق
عبدا يقول العبد انا من بني تميم او بني بكر وان لم يكن منسوبا اليهم بالبنوة وتقول
المراة انا من بني تميم ولا يقول العبد انا من بني زيد ولا المراة ذلك في الاب
الخاص الا ترى انه يجوز التشبيه بهذا الاسم في غير الجنس حتى يجوز ان يقال
هذا الجمل من بني تميم وهذا كلب بني تميم بخلاف الاب الخاص وقد ورد النص لم
بتاكيد ما ذكرنا وهو قوله صلى الله تعالى عليه وسلم وان مولى القوم من انفسهم
وخليفهم منهم وعديد القوم منهم واذا كان هولاء ممن ينسبون الى فلان باسم
البنوة دخل الكل تحت الوصية للاضافة الى اصل عام ثم يعني الحليف من ياتي
قوما ويقول لهم انا منكم ويحلف لكم لهم على ذلك والنصرة لهم والوقاية و
يحلفون له على الموالاة والعديد من يلتحق بهم بغير حلف فرق بين هذه المسئلة و
بينما ذكر في الباب المتقدم اذا اوصى بثلث ماله لموالى بني فلان لفخذ يحصون
ولهم موال اعتقوهم وموالي موالي وموالي موالاة فانهم لا يدخلون في الوصية
وان كانوا فقرا وان اختلف الموضوع لانه وضع ثمة في فخذ يحصون فكان
العموم ثابتا من وجه باعتبار الاصل وهو فلان فانه اب عام فانه اب جماعة
كثيرة لكن في المنتسبين اليه بالنبوة خصوص فانهم ممن يحصون فكان
عاما من وجه خاصا من وجه فعملنا بهما فمن حيث انه عام دخل فيه مولى
الاعلى ومولى الاسفل من العتاقة ومن حيث انه خاص لم يدخل فيه مولى
الموالاة وهنا العموم في الوصية ثابت من كل وجه باعتبار الاصل وهو ابو
القبيلة وباعتبار المنتسبين الى فلان بالنبوة فدخل الكل تحت الوصية
عملا بالعموم من كل وجه ولو اوصى ليتامى بني فلان جازت الوصية سوا
كانوا يحصون اولا اما اذا كانوا يحصون فلان الوصية وقعت لاعيانهم

ويقدر الوصي على احصايهم والاحاطة بهم فيجوز كما لو اوصى ليتامى هذه السكة
وهذا الدار ويستوي في ذلك الغني والفقير لانه اسم لمن مات ابوه ولم يبلغ
غنيا كان او فقيرا هكذا قال محمد رحمة الله تعالى في الكتاب وقوله حجة وهكذا
قال الخليل صاحب العين والدليل على انه يتناول الغني والفقير قوله تعالى فاتوا
اليتامى اموالهم وقال صلى الله عليه وسلم فابتغوا في اموال اليتامى
خيرا حتى لا تاكلها الصدقة وقال صلى الله عليه وسلم من ولي يتيما فليترك
ماله ولا يتناول الاسم البالغ لقوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم نفى
اسم اليتيم بعد الحلم ولو كان هذا الاسم حقيقة له بعد البلوغ لما جاز النفي
وانما سمي البالغ يتيما مجازا باعتبار ما كان لكن الكلام بحقيقته حتى يقوم
الدليل على مجازه وهذا لان اليتيم في اللغة مشتق من اليتم وهو الانفراد
يقال درة يتيمة اي منفردة عن اشكالها الا انه اذا اطلق في غير لسان الشرع
يراد به المنفرد عن ابيه في حال صغره والكلام بحقيقته فلهذا يكون الثلث
بينهم بالسوية واما اذا كانوا لا يحصون فكذلك في الاستحسان وفي
القياس لا يجوز لان اللفظ لا ينبي عن الفقر لما ذكرنا فوقعت للاغنيا
وللفقرا وانهم مجهولون فلا يصح كما في بني فلان وهذا لانه لا يخلوا ما ان
يقصد به التقرب الى الله تعالى او الصلة لا وجه الى الاول لانه دخل فيه الغني
والفقير ولا وجه الى الثاني لان الانسان لا يقصد بالصلة قوما مجهولين
الا انا نستحسن ونجوز هذه الوصية ونصرفها الى فقير اليتامى لان تصحيح الوصية
واجب ما امكن وقد امكن بان نقصد به جهة القربة عند ذكرهم وقد قامت
الدلالة على ذلك لان اليتيم وان كان لا ينبي عن الحاجة لكن يدل على الحاجة
لما ذكرنا انه عبارة عن الانفراد عن الاب حال حاجته الى من يقوم
بمصالحه وترتيبه دلالة الحاجة ولهذا جعل الله تعالى بهذا الاسم سهما من
المضارب في خمس الغنيمة بخلاف الوصية لبني فلان لانه ليس في الاسم
ما ينبي عن الحاجة ولا دلالة عليها ايضا فبطلت ضرورة وانما صحت
الوصية فالافضل ان يصرف الى من قدر منهم من الفقرا وان صرف الى
اثنين جاز وان صرف الى الواحد فعلى الخلاف الذي ذكرنا وعلى هذا اذا او
اوصى لعميان بني فلان او لزمنى بني فلان لان الاسم وان كان لا يختص
بالفقرا لكن يستعمل في الفقرا غالبا فجاز الصرف اليهم تصحيحا للوصية
ولو اوصى لارامل بني فلان فالوصية جائزة سواكن يحصين كالايتام
غير انهن ان كن يحصين فالثلث بينهن بالسوية لانه قصدا اعيانهن
فلا يجوز حرمان البعض وان كن لا يحصين صرف الى من قدر منهن على ما ذكرنا

على ما ذكرنا وانما جازت الوصية مع عدم الاحصا لان في الاسم ما يدل على الحاجة
لانه مشتق من ارمل القوم اذا فني زادهم ومن فني زاده كان محتاجا فامكن ان
نجعل وصيته بالصدقة حقا وحق الله تعالى فيجوز كما في اليتامى وتفسير
الارامل ما قال محمد رحمة الله تعالى كل امراة بلغت مبلغ النسا وكان لها
زوج فمات عنها او فارقها دخل بها او لم يدخل بها وهي محتاجة شرط محمد
رحمة الله تعالى لثبوت هذا الاسم البلوغ والانوثة وان يكون لها زوج فارقها
اما اعتبار البلوغ فلانه مشتق من قولهم ارمل القوم فهم مرملون حتى كان
طالبين للزاد وطلب الزاد يكون من البالغ في العادة واما اعتبار الانوثة لان
هذا الاسم في عرف الاستعمال يطلق على الانثى عادة وقال الشعبي رحمة الله
الانوثة ليست بشرط ويتناول الذكر والانثى لانه ماخوذ من قولهم
ارمل القوم اذا فني زادهم كانهم ينظرون الى الرمل مستظرين لارزاقهم وفي الحديث
فكان القوم مرملين مستنين وهذا معنى لا اختصاص له بالنسا والدليل
قول الشاعر بيت شعر
كل الارامل قد قضيت حاجتها ۞ فمن لحاجة هذا الارمل الذكر
الا ان الصحيح ما فسر محمد رحمة الله تعالى بالنقل عن ائمة اللغة ولهذا
يستعمل هذا الاسم من غير علامة التانيث في النسا يقال ارمل وارملة كما
يقال طالق وطالقة وحائض لانه موضوع للنسا لغة ولانه عبارة عن فني زاده لما
ذكرنا والمراة هي التي يفنى زادها بمفارقة الزوج لكون الرجال قوامين عليهن
بالانفاق ونفقتها في ماله ولهذا قلنا لا بد من مفارقة الزوج حتى يفنى زادها
وهذا نوع دليل لاعتبار الانوثة لان نفقته لا تفنى بمفارقتها الا انه يستعمل
في الذكر مقيدا بصفة الذكورة توسعا والاستعمال في الشعر لخروجه بمقابلة
الانثى كما في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقوله تعالى فمن اعتدى عليكم
فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ويشترط ان تكون محتاجة لما ذكرنا من الاشتقاق
ولما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع سلعة فربح فيها قبل ان يدفع ثمنها
فتصدق بذلك على ارامل بني عبد المطلب ومعلوم ان هذا الجنس انما يقصد
به الفقرا اقصى ما في الباب انه قد يستعمل في المعنى وليس بموضوع للفقراء
لانا لو حملنا الوصية فيما لا يحصى على الغني والفقير بطلت ولو حملناه على
الفقير الذي جرت العادة بالاستعمال فيه صحت ومقصود الموصي تصحيح
الوصية فحملناه عليه مع ان في اللفظ ما ينبي عن الحاجة ويجب ان تكون كبيرة
لان المفارقة المعهودة في الزوجية تكون في وقت الزوجية وذلك عادة

يكون في الكبيرة والدخول ليس بشرط لان اللفظ لا ينبئ عنه ولو اوصى لايامى
بني فلان ان كن يحصين فالوصية جائزة وتقسيم بينهن على التسوية وان كن
لا يحصين فالوصية باطلة كالوصية لفقرا بني فلان لانه ليس في الاسم ما ينبئ عن
الحاجة ولا يدل عليها فوقعت الوصية لاعيانهن وهن مجهولات وتفسيره
ما قاله محمد رحمه الله في الكتاب الايم كل امراة لا زوج لها وقد جومعت حلالا
او حراما او بنكاح فاسد صغيرة كانت او فقيرة وقوله حجة شرط محمد
رحمه الله لثبوت هذا الاسم الانوثة والجماع اما اعتبار الانوثة فلقوله
تعالى وانكحوا الايامى منكم والمراد به النسا واما اعتبار الجماع حتى لانه
لا يتناول هنا الاسم البكر لقوله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها من
وليها والبكر تستامر وروى البكر تستامر في نفسها واذنها صماتها والايم
ولية نفسها والمراد به الثيب وهذا لانه عطف البكر على الايم والايم على البكر
وفصل بينهما في الحكم والمعطوف غير المعطوف عليه وكذا المفارقة في الحكم
دل على المغايرة شرط محمد رحمه الله تعالى لثبوت الاسم الجماع ولم يشترط
البلوغ والفرق بينهما من حيث اللغة وانما يثبت سماعا لا بالفقه وقد روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لما ماتت امراة عثمان رضي الله
عنه قام على شفير قبرها وقال الا اخ ايم يزوجها من عثمان وقد زوجناه
ثنتين ولو كانت لنا ثالثة لزوجناه وليس المراد به البالغة لانه خاطب الاخ
بتزويجها وانما ينفرد الاخ بتزويجها اذا كانت صغيرة وقد روى الكرخي
عن ابي حنيفة رحمهم في كتاب النكاح في معنى قوله صلى الله عليه وسلم
الايم احق بنفسها من وليها ان الايم اسم لامراة لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا
وهكذا قال ابو القاسم الصفار رحمه الله وقالا الجماع ليس بشرط لثبوت
هذا الاسم حتى قالا ان البكر التي فارقها زوجها تدخل تحت هذه الوصية وكذا
قالا الانوثة ليست بشرط حتى قالا بان الرجل الذي لا امراة له يدخل تحت هذا
الاسم لان هذا الاسم ينبئ عن البعد يقال تايمت عن فلان اي فارقته
وهذا الاختصاص بالنسا والثيابة وفيما روينا من الحديث في قوله
الا اخ ايم لم يكن المراد الموطوءة دون غيرها بل حمله على غير الموطوءة اولى لما
ذكرنا انه خاطب الاخ فكان المراد الصغيرة وهو موطوءة ظاهر دل

ظاهر دل عليه قول القائل

فان تنكحي انكح وان تتايمي ... مدى الدهر ما لم تنكحي اتايم

اطلق اسم الايم على الرجل والصحيح ما قاله محمد رحمه الله فان الرجل يسمى عزبا والاكل

والاصل اختصاص الاسامي بالمسميات تخفيفا للاعلام ورفعا للاشتراك واستعمال
الاسم فيها من غير علامة التانيث دليل على اختصاص الاسم بها والاستعمال في غير
المجامعة وفي حق الرجل كان مجازا لحرفه بمقابلتها لما ذكرنا والكلام بحقيقته
حتى يقوم الدليل على المجاز وذكر في الكتاب من عمر رضي الله عنه انه قال حين هاجر
الى المدينة يا معشر قريش من احب منكم ان يتتايم منه امراته فليلحقني وفي
رواية من يا تم اضاف التايم الى النسا فثبت انه اسم للبعد من جانب النسا كالعزوبة
اسم للبعد من جانب الرجال وفيه دليل ان ذات الزوج ليست بايم وقال القائل
في فتح القادسية حين فتحها سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه

فابنا وقد امت نسا كثيرة ... ونسوة سعد ليس فيهن ايم

اضاف اليهن فدل ان للاسم حقيقة لهن ولو اوصى لثيب بني فلان ان كن يحصين
فالوصية جائزة ويقسم بينهن بالتسوية وان كن لا يحصين فالوصية باطلة
لانه ليس في الاسم ما يدل على الحاجة فلم يكن حملة على التخصيص والثيب كل امراة جو
جومعت بحلال او حرام لها زوج او ليس لها زوج بلغت او لم تبلغ غنية كانت
او فقيرة وهكذا قاله محمد رحمه الله شرط محمد رحمه الله الانوثة لاطلاق هذا الاسم
والجماع اما اشتراط الجماع لانه اسم لامراة يكون مصيبها عايدا في اصابتها مشتق
من الثيابة وهي العود في الفعل يقال ثاب اي رجع ومنه قوله تعالى واذ جعلنا البيت
مثابة للناس وامنا اي مرجعا واما الانوثة وان كان الرجل شارك المراة في معنى
الاسم وهو المرجوع لانه اسم موضوع للنسا فلا يكون حقيقة لكل من شاركها في ذلك
المعنى وانما استعمل فيه كما قوله صلى الله عليه وسلم والثيب بالثيب ترجم بالحجارة لكن
عند الاطلاق ينصرف الاسم الى ما هو الموضوع له والاطلاق في الحديث بطريق المجاز
للاستعمال بطريق المقابلة كما في قوله تعالى ومكروا مكرا ومكرنا مكرا وقوله تعالى نسوا الله
فنسيهم ولهذا يستعمل فيها بغير علامة التانيث ولهذا كان المراد من قوله صلى الله
عليه وسلم والثيب تشاور المراة لا الرجل بالاجماع وقيل على قياس قول ابي حنيفة
رحمه الله لا يتناول التي جومعت بفجور لانها بكر معنى حتى لا تستنطق ويكتفى
بسكوتها في النكاح الا ان الصحيح انه هذا قول الكل لان معنى الثيابة لا اختصاص له
بالحل والحرمة وانما لم تستنطق عنده لمعنى الحيا فان الشرع وضع النطق عن الابكار
لا لمعنى لا لمعنى البكارة بل لمعنى الحيا والحديث عايشة رضي الله عنها والحيا موجود
فيها فاما ان تكون بكرا حقيقة فلا ولهذا لو انعدم الحيا بظهور الفعل عليها شرعا
بان وطيت بشبهة او بنكاح فاسد تستنطق لان الشرع اظهر الفعل عليها
حين الزم المهر والعدة واثبت النسب او حقيقة بان اخرجت واقيم عليها الحد
فالصحيح انه لا يكتفى بسكوتها وكذا اذا اعتادت الزنا وقد قال بعض مشايخنا

رحمهم الله في هذين الفصلين يكتفى بسكوتها لانها بكر شرعا الدخولها تحت قوله
صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد ماية وتقريب عام لكنه ضعيف فان هذا ثابت في
الموطوة بالشبهة والنكاح الفاسد ولا يكتفى بسكوتها فكانت العلة هي الحيا ولو اوصى لا
بكار بني فلان او لكل بكر من بني فلان فان كن يحصين فالوصية جائزة وان كن لا يحصين
فهي باطلة لان هذا الاسم غير مختص بالفقرا والبكر كل امراة لم تجامع بنكاح ولا غيره
غنية كانت او فقيرة صغيرة كانت وكبيرة سوا كان لها زوج اولم يكن شرط محمد الا
الانوثة وعدم الجماع لثبوت هذا الاسم اما عدم الجماع فان البكر اسم لكل امراة يكون
مصيبها اول مصيب لها ولا يكون عايدا على الاصابة الاولى لان الاسم ينبى عنه ولهذا يسمى
اول النهار بكرة واول الثمار باكورة واول ولد الناقة بكرا واما اشتراط الانوثة حتى
لا يتناول الرجل وان سمى بكرا كما في قوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد ماية لكن
سمى به مجازا الذكر بمقابلة المراة على ما ذكرنا وقوله لم تجامع بنكاح ولا غيره قال
بعضهم هذا قولهما اما على قول ابي حنيفة رحمة الله من جومعت بالفجور تدخل تحت
الوصية على قياس مسالة النكاح والصحيح ان هذا قول الكل لما ذكرنا في المسالة المتقدمة
فان كانت العذرة قد ذهبت من حيضة او وثبة او وضو فهي بكر اسم لامراة يبتكرها
الرجل اي لم يجامعها والابتكار الجماع والتي ذهبت عذرتها بهذه الاسباب لم
يجامعها الرجل فكانت بكرا حقيقة وشرعا ولهذا يكتفى بسكوتها في النكاح بالاجماع
بالاجماع وفي احد قولي الشافعي رضي الله عنه لا يكتفى بسكوتها وهي بمنزلة الثيب
استدلالا بالبيع فانه لو باع جارية بشرط انها بكر فوجدها المشتري بهذه الصفة
كان له ان يردها لكنا نقول هي بكر لان مصيبها اول مصيب لها الا انها ليست
بعذرا غير ان في باب الشرا اشتراط البكارة جعل عبارة عن اشتراط العذرة
بحكم العادة فثبت له حق الرد لذلك اما ان يكون الاسم حقيقة لذلك فلا وهنا
الحكم تعلق بالاسم وفي النكاح بالحيا روها قايما فيدخل تحت الوصية فلا يستنطق
وفي شرح الكرخي رحمة الله ابن سماعة عن ابي يوسف رحمهما الله قال ابو حنيفة
رحمة الله اذا اوصى بثلث ماله للبايس والفقير والمسكين فهو في قول ابي حنيفة
رحمة الله الثلث على ثلاثة اجزا للبايس وهو الضرير الذي به زمانة اذا كان محتاجا
والفقير هو المحتاج الذي لا يطوف على الابواب والمسكين الذي يسال ويطوف
وقال ابو يوسف رحمة الله على جزين الفقير والمسكين واحد والبايس هو الفقير
الذي به الزمانة وقد حصل فيه معنى زائد فيفرد بسهم اما الفقير والمسكين يشملهما
الفقير وان كان احدهما احوج فصارا واحدا وقد عرف في الزكوة وقالا ما قاله ليس
بصحيح لان الله تعالى فرق في اية الصدقات الفقرا عن المساكين وجعل كل واحد
منهما نوعا فدل ان احدهما غير الاخر وقال ابن سماعة رحمة الله سمعت ابا يوسف قال

قال في رجل قال اوصيت بثلث مالي لشباب اهل بيتي او لكهولهم او لشيوخهم قال الشباب
من خمسة عشر الى خمسين سنة الا ان يغلب الشمط قبل ذلك والكهل من ثلاثين الى اخر
عمره والشيخ ما زاد على الخمسين قال ابن سماعة رحمة وقد كان يقول قبل هذا خلاف هذا
وقال ابن سماعة رحمة الله سمعته يقول الكهل ابن ثلاثين فصاعدا الى ماية واكثر والشيخ
من اربعين سنة فصاعدا والغلام اقل من خمسة عشر الى ان يحتلم وذكر ابن سماعة
رحمة الله قولا اخر قال الكهل من ثلثين الى اربعين والشيخ ما زاد على الخمسين وازداد
على الاربعين وكان شمطه اكثر وهو شيخ وان كان السواد اكثر فليس بشيخ وقال عمرو بن
عمرو عن محمد رحمة الله الغلام ما كان له اقل من خمسة عشر سنة والشاب والفتى من بلغ
خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ اربعين ما بين خمسين الى ستين الا ان الشيب غلب
غلبه فيكون شيخا وان لم يبلغ الخمسين الا انه لا يكون كهلا حتى يبلغ الاربعين وكذلك لا
يكون شيخا حتى يجاوزها وانما جعلوا الشاب من له خمسة عشر سنة فصاعدا لان
عندهما هذه مدة البلوغ ومن لم يبلغ فهو صبي وغلام فلا يسمى شابا واما الشاب
فهو عبارة عن البالغ الى الثلاثين لان ما زاد على الثلاثين هو كهل وجعل ابو يوسف
رحمة الله تعالى الكهل والشيخ سوا فيما زاد على الخمسين وجعل الشيخ في الرواية الاخرى
من زاد على الاربعين وجعل محمد رحمة الله ما قبل الستين وما زاد على ذلك شيخا وهذا
لان الكهل والشيخ يفترقان واعتبروا في رواية غلبة الشيب فقالوا من غلب عليه
الشيب بعد الاربعين انه شيخ وان لم يغلب الشيب فهو كهل وهذا صحيح في العرف
لان الناس يعتبرون بالتسمية غلبة الشيب واما اهل اللغة فقد قال ابو حاتم قال
بعض القدما ولم تسمه هو غلام الى ان يستتم سبعة عشر سنة ثم هو شاب الى اربعة وثلثين
ثم هو كهل الى احد وخمسين ثم هو شيخ الى اخر عمره قال ابو حاتم فاذا حدب فهو
مسن واذا انقنع عن ذلك فهو قحم وقحر قال الاصمعي كان يقال شباب المراة من
خمسة عشر الى الثلاثين وفيما بين الثلاثين الى الاربعين يستمتع ثم قد استلبت
والمعتبر في هذا هو العادة في التسمية وذكر الصدر الشهيد رحمة الله في ايمان فتاوى
الصغرى حلف لا يكلم صبيا او غلاما شابا او كهلا فالكلام في معرفة هولا في ثلاث
مواضع في اللغة والشرع والعرف اما اللغة قالوا الصبي يسمى غلاما الى ان يبلغ تسع
عشر سنة ثم من تسع عشرة شاب الى اربعة وثلاثين كهلا الى احد وخمسين
ثم من احد وخمسين شيخ الى اخر عمره هكذا قاله بعض العلما من اهل اللغة واما
الشرع فالغلام اسم لمن لم يبلغ الحلم وحد البلوغ معلوم فاذا بلغ صار شابا وفتى
قال معلى عن ابي يوسف رحمهم الله اذا اوصى لقرابته فالقرابة من قبل الام والجنس
والحسب والجد من قبل الاب لان القرابة من يقترب بغيره وهذا المعنى موجود
في الطرفين فاما الجنس فهو بنو الاب لان الانسان يجنس بابيه لا بامه وكذا الحسب

الا ترى ان الهاشمي اذا تزوج امة فولدت ينسب اليه ويكون اهلا للخلافة واللحمة عبارة عما يعبر عن الجنس اما اذا اوصى لاهل بيته دخل ابوه وجده فيهم اذا كان ممن لا يرث لان بيت الانسان ابوه ومن ينسب الى ابيه فالاب اصل البيت فيدخل في الوصية وليس في القرابة لان القرابة من يتقرب الى الانسان بغيره لا بنفسه وذلك لا يوجب في الاب قال ابو يوسف رحمه الله الا ان يقول لقرابتي ممن يتقرب بغيره وفي الزيادة ان الاب الاعلى لا يدخل في الوصية وقال ابو يوسف رحمه الله في رجل اوصى بثلث ماله في الصلة وله اخوة واخوات وبنو اخ وبنو اخت يوضع الثلث في جميع قرابة من هؤلاء ومن ولد منهم بعد موته لاقل من ستة اشهر لان الصلة يراد بها صلة الرحم فكانه نطق بهذا المعنى ومن ولد لاقل من ستة اشهر فقد كان موجودا يوم الموت فيدخل فيها والله اعلم

باب من الوصية بخدمة والغلة والتسكين والثمر

اصل الباب ان الوصية بالمنافع نحو خدمة العبد وسكنى الدار جائزة ويعتبر خروجها من الثلث اعني رقبة العبد والدار ورقبة كل شيء وقعت الوصية دون غلته ومنفعته لان المنافع مما يجوز تمليكها بالاجارة والاعارة فيجوز تمليكها بالوصية الا ترى انه يجوز الوقف ويجوز وقف الدار للسكنى فكذا الوصية بل اولى لانها اوسع العقود جوازا وتجوز الوصية تمليكها بالاجارة كالوصية بما يثمر نخيله العام او بما لم يكتسب عند العام ويجوز للمعدوم كالوصية لمن يحدث لفلان من الولد او لعقب فلان ولا عقب له يوم الوصية ومتى جازت الوصية يعتبر خروج العين الذي اوصى بمنفعته من ثلث ماله وان كانت الوصية بالمنفعة لا تمنع ثبوت الملك للوارث في الرقبة حتى لو اوصى بخدمة عبده لانسان ثم ان الوارث اعتق العبد بعد عتقه وكذا لو جنى العبد يخاطب الوارث بالدفع او الفداء الا انه لو باعه انما لا ينفذ بيعه لعجزه عن التسليم كالراهن اذا باع المرهون او اعتقه وكما لو ادعى دارا في يد رجل فصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة ثم اعتقه جاز عتقه لان العبد باق على ملكه ولو باعه لا يجوز وكان صاحب الخدمة على حقه لان خدمته صارت مستحقة له بعقد لازم والعتق لا ينافيه بقاء وابتداء الا ان في الصلح لو اجر المدعي العبد يصح لان الصلح مبني على زعم المدعي وفي زعمه انه ملك خدمته بعقد المعاوضة فهو كالمستأجر يملك الاجارة وليس للموصى له بالخدمة ان يؤاجر لانه ملك الخدمة بالتبرع بمنزلة المستعير فلا يملك المعاوضة وانما اعتبرت من الثلث لانها وان لم تمنع ملك الوارث في الرقبة تمنع من الانتفاع بخدمة وبيعا واجارة حتى تمضي مدة الوصية وانه تبرع صار في حق الورثة فلا يصح الا في قدر ما استثناه الشرع وهو الثلث فيما يوجب زوال ملكه فكذا فيما يوجب زوال يدهم اذ هو في الضرر في الحال مثل ما يوجبه زوال العين الا ترى ان الغصب يوجب ضمان العين مع بقاء العين على ملكه لزوال اليد فلكما لا يملك المريض ازالة العين بالوصية

بالوصية عن ملكهم فيما زاد على الثلث لحقهم لا يملك ان يجعلهم ممنوعا من الانتفاع ثم بالوصية فيما زاد على الثلث الا ترى انه كما لا يملك ابراء الغريم عن الدين الا بقدر الثلث لا يملك التاجيل ايضا الا بقدر الثلث وهذا لان المقصود من الاعيان المنافع ولهذا تزداد قيمة العين بزيادة المنافع فكان زوال المنفعة بمنزلة العين ولهذا اعتبرنا قيمة الرقاب دون المنافع لانه منع الرقاب عن الورثة فكانه اوصى باعيانها وهذا كله مذهبنا وقال ابن ابي ليلى رحمه الله الوصية بالمنافع باطلة لان الملك في المنافع لا تنتقل في الميراث بدلالة الاجارة فكذلك لا تنتقل بالوصية ولانه لما مات صار الملك للورثة فلا يجوز للموصى له ان يستخدم ملك الورثة الا ترى انه لو اعاره في حال حياته او اجره ثم مات قبل مضي الاجل بطلت الاجارة والاعارة فلما كان العقد على المنفعة تبطل بموته بعد صحته فالذي لم يصح في حال الحياة اولى ان لا يجوز بعد وفاته لانا نقول انه يملك منع الرقبة عن الورثة فيملك منع المنفعة ولانه يملك تمليك المنفعة في حياته فكذا بعد وفاته بل اولى لما قلنا قوله العبد صار ملكا للورثة قلنا الورثة ملكوا عبدا مشغولا بالخدمة لانه لو جعل الرقبة للموصى له جاز ولم يرثوا الرقبة فلما جعل الخدمة للموصى له لم يرثوا الخدمة ايضا بخلاف الاجارة والاعارة لان العقد وقع للحيوة فاذا مات بطل العقد اما الوصية وقعت بعد الوفاة هذا كما لو وكل وكيلا في حال الحياة ثم مات انعزل الوكيل ولو جعله وكيلا بعد موته جاز ويكون وصيا كذلك هنا وحرف اخر ان الوصية انما تنفذ بحسب ما اوجب الموصي ومحل نفاذها الثلث اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل مات وترك عبدا لا مال له غيره وقد اوصى لانسان بخدمته سنة ولاخر بخدمته سنتين ولم تجز الورثة فان خدمة العبد تقسم على تسعة ايام يخدم الموصى له بخدمته سنة يوما والموصى له بخدمته سنتين يومين والورثة ستة ايام حتى يمضي تسع سنين فاذا مضى عاد العبد الى ملك الورثة رقبة ومنفعة وانتهت الوصيتان اما القسمة بالتهايؤ فلان القسمة نوعان قسمة عين وقسمة ايام بالتهايؤ وكلاهما جائزان وقد تعذر قسمة العين لانه لا يتهيأ ان يخدم ثلثا العبد للورثة وثلثه للموصى له في وقت واحد فتعين قسمة الخدمة بالتهايؤ بالايام كالعبد بين شريكين تقسم خدمته بالايام وهذا الاستحسان والقياس يابى جواز المهاياة لانها مبادلة المنفعة بجنسها فكل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته ومبادلة المنفعة بجنسها باطلة كاجارة السكنى بالسكنى والزراعة ولهذا لو تهايا في الدار الواحدة على الاستغلال فاغلت نصيب احدهما في نوبته اكثر فذلك الفضل بينهما فلا تجوز المهاياة في غلة العبد الواحد بالاتفاق وفي العبدين لم تجز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تجوز ولهذا لا تجوز المهاياة في البان الغنم واولادها الا انا تركنا القياس وجوزنا بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم

وهذا هو المهاياة واما السنة ما روى ان الرجل الذى خطب تلك المرأة بين يدى رسول
صلى الله عليه وسلم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ذا تصدقها قال نصف ازارى هذا قال
عليه السلام اذا جلستما فى بيتك يوما لتلبسه هى ولبسه يوما وخرجت فيه وهذا تفسير
المهاياة ولان المنافع يجوز استحقاقها بالعقد بعوض وبغير عوض كالاعيان ثم القسمة فى
الاعيان المشتركة عند امكان التعديل جائزة فكذلك فى المنافع المشتركة ولهذا يجبر القاضى
الشركاء على المهاياة اذا طلب ذلك بعضهم وابى البعض والذى ابى لم يطلب قسمة العين والاصل
ان اختصاص العقد باسم لاختصاصه بحكم يدل عليه معنى ذلك الاسم فقسمة المنافع لما اختصت
باسم المهاياة فذلك دليل على اختصاصها بمعنى يدل عليه هذا الاسم وهو ان وصول نصيب احدهما
اليه يسبق وصول نصيب الاخر اليه بخلاف القسمة العين وهذا ليس كالاجارة فى جميع
الاحكام لان ثمة يستحق منفعة العين بالعقد وهنا ما يستوفيه كل واحد منهما يجعل فى الحكم
كان منفعة ملكه على ما هو موضوع القسمة من التمييز وكون معنى المعاوضة فيها تبعا وليس
فى معنى العارية ايضا لهذا المعنى ولان العارية لا يتعلق بها الاستحقاق ويتعلق
بالمهاياة فمن هذا الوجه يشبه الاجارة الا ان الاستحقاق فى المهاياة دون الاستحقاق
بالاجارة على معنى ان هناك لا ينفرد احدهما بالفسخ بغير عذر وهنا علك احدهما فسخ
المهاياة بطلب القسمة لان الاصل فيما هو المقصود وهو تمييز الملك بقسمة العين والمها
والمهاياة خلف عنه الا ترى ان فى الابتدا لو طلب احدهما قسمة العين لم يشتغل القاضى
بينهما بالمهاياة فكذلك فى الانتهاء اذا طلب ما هو الاصل لا يستدام المهاياة ثم العارية
والاجارة تبطل بموت احدهما والمهاياة لا تبطل لانا لو ابطلناها احتجنا الى اعادتها فما
بطلت للحى او الوارث ولا فائدة فى نقض شىء يحتاج الى اعادته فى الحال الا ان فى الدار
الواحدة الفصل بينهما بخلاف الدارين لان فى الدارين معنى القسمة والتمييز راجح على معنى
ان كل واحد منهما يصل الى المنفعة والغلة فى الوقت الذى يصل اليه صاحبه فما يستوفيه
كل واحد منهما عوض عن قديم ملكه استوجبه بعقده فيسلم له وفى الدار الواحدة كل واحد
منهما بمنزلة الوكيل عن صاحبه بمنزلة الوكيل عن صاحبه فى اجارة نصيبه فى نوبته
او تهايا على الاستغلال لان ذلك انما يكون بالزمان واحدهما يصل الى الغلة قبل وصول
الاخر اليها وذلك لا يكون قضية القسمة فلا بد من ان يجعل كل واحد منهما بمنزلة وكيل
صاحبه وما يقبضه كل واحد منهما عوض عما يقبض صاحبه من عوض نصيبه فعند التفاضل
يثبت التراجع ليستويا ويتضح هذا الفرق على ما ذهب اليه الكرخى رحمه الله ان المهاياة فى
الدارين يعتمد التراضى عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى ظاهر وعندهما قسمة الخير فى الدارين
لا يجرى الا اذا راى القاضى المصلحة فيه وعند التراضى يسلم لكل واحد منهما ما رضى به صاحبه
وفى الدار الواحدة لا يعتبر التراضى فى المهاياة فلا بد من اعتبار المعادلة فيما هو المقصود
من المهاياة ولهذا يتراجعان بفضل الغلة وذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى الدارين لان

لان الاظهر ان القاضى يجبر على المهاياة عند طلب بعض الشركاء لان القسمة تلا فى المنفعة
دون العين ومنفعة السكنى تتفاوت ولا تتفاوت الا يسيرا بخلاف قسمة العين
فالمعادلة فى المالية هناك معتبر والدور تختلف فى المالية بخلاف المكان والجيران
ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى اذا تهايا على ان يخدم هذا العبد هذا والعبد
الاخر جاز كما لو تهايا على خدمة عبد واحد بخلاف قسمة العبد واذا جازت القسمة
بالتهايئ وتعينت القسمة بالزمان لتعذر غيره وفيه توفير الحقين وجب القول به ولو
وجب تنفيذها من الثلث كالوصية بالعين لما ذكرنا يجعل الخدمة على ثلاثة لحاجتنا
الى الثلث يوم من ذلك للموصى لهما ويقسم بينهما على مقدار حقهما اثلاثا لان حق
احدهما ضعف حق الاخر وقسمة يوم واحد على ثلاثة لا يستقيم فانكسر بالاثلاث
فضربنا ثلاثة فى الاصل الفريضة وذلك ثلاث ثلاثة فيصير تسعة للموصى لهما ثلاثة
بينهما اثلاثا والوارث ستة فاستقام الثلث والثلثان فاذا مضى تسع سنين مضت
الوصية فعاد العبد الى الورثة رقبة ومنفعة لانه مال الميت وقد خلا عن الدين
والوصية فان قيل يجب ان تقسم الخدمة بين الورثة والموصى لهما فى السنة الاولى
على ستة ايام للورثة اربعة ايام والموصى لهما يخدمه يومان فاذا مضت السنة
من يوم الموت تبطل وصية الموصى له بخدمته سنة فتقسم السنة الثانية بين الورثة
والموصى له بخدمته سنتين على ثلاثة ايام يوم للموصى له ويومان للورثة فاذا مضت
السنة الثانية بطلت الوصية الثانية كما ذكر فى المسالة التى بعد هذا وهو ما اذا
عين السنة والسنتين وان ذكرتا على سبيل النكرة فالوصية تنصرف الى السنة التى
تلى موت الموصى والسنة الثانية تنصرف الى السنة التى تلى السنة الاولى كما فى الاجارة
اذا اجر عبده شهرا باربعة وشهرا بخمسة فاجتمع فى الشهر الاول وصيتان فيكون الى
الثلث بينهما فيه على السواء وفى السنة الثانية وصية واحدة فتكون للثانى خاصة قيل
السنة ذكرت منكرا الا ان فى الاجارة انما انصرفت الى السنة التى تلى الاجارة لانا متى
صرفناه الى سنة منكرة بطلت الاجارة كما لو قال اجرتك هذه الدار سنة من السنين
لا بعينها بعشرة دراهم الا ترى انه لو قال اجرتك هذه الدار سنة الا يوما ينصرف الاستثنا
الاستثناء الى اخر السنة تصحيحا للعقد لان جهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى
منه اما فى الوصية لو صرفناه الى سنة من السنين لا بعينها لا تبطل الوصية كما لو
نص وقال اوصيت لك بخدمة هذا العبد سنة من السنين لا بعينها تجوز الوصية
والبيان الى من يقوم مقام المورث ولم تتعين السنة التى تلى موت الموصى للوصية
فيمضى هذه السنة لا تبطل الوصية للموصى له بالخدمة سنة بخلاف ما اذا عين السنة
لما ذكرنا ولو خرج العبد من الثلث او جازت الورثة قسمت الخدمة على ثلاثة للموصى
له بالخدمة سنة يوم وللاخر يومان حتى يمضى ثلاث سنين ثم يعود العبد الى الورثة

فرق بين هذا وبين المسألة الاولى والفرق ان في المسألة الاولى يجب قسمة الثلث اولا على ثلاثة ثم يجب ضم نصيب الورثة الى ذلك فيصير الكل ستة وهنا لا يجب الضم لان العبد يخرج من الثلث ولا حق للورثة فيه ومتى اجازوا الوصية فقد ابطلوا حقهم القسمة فتجب القسمة على ثلاثة واذا قسم بالتهايؤ ليس للموصى له بالخدمة ان يواجر العبد في يومه لانه ملك المنفعة بغير بدل فصار كالمستعير ولو اراد ان يخرج بالعبد من البلدان كان يخرج من الثلث او اجازت الورثة له ذلك وكذا في المهاياة في يومه وذكر في الاجارات اذا استاجر عبدا للخدمة ليس له ان يسافر به وذكر في الصلح اذا ادعى دارا فصالحه على خدمة عبده سنة له ان يخرج العبد من المصر الى اهله وكان الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمة الله يقول تاويل ما ذكر في الصلح ان اهل المدعي اذا كان في بعض القرى القريبة من المصر والمدعا عليه يعلم ذلك او كان هو على جناح السفر والرجوع الى اهله وقد اعلم ذلك المدعى عليه فحينئذ يكون هو راضيا باخراجه العبد الى اهله لان الانسان انما يستخدم العبد في اهله وتاويل ما قال في الاجارات انه لم يكن ذلك معلوما للاخر عند عقد الاجارة فلا يكون هو راضيا باخراج العبد وتكليفه خدمة السفر لان الخدمة في السفر اشق منه في المصر وقال شمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى والذي ترايا لجمع الفرق بين الاجارة والصلح ان في الاجارة مونة الرد على الاخر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه تقرر حقه في الاخر فالمستاجر اذا سافر بالعبد فقد اراد ان يلزم الاخر ما لم يلزمه من مونة الرد اما في الصلح مونة الرد ليس على المدعا عليه لانه يزعم انه ملكه الخدمة بغير شي فهو كالموصى له بالخدمة مونة الرد دون الورثة والمستعير مونة الرد عليه دون المعير فالمدعي باخراجه الى اهله يلزم مونة الرد لا ان يلزم المدعا عليه شيا فلهذا كان له ان يخرجه هذا اذا كانت الوصية بخدمة سنة بغير عينها فان كانت بخدمة سنة بعينها بان اوصى لرجل بخدمته سنة سبعين ومائة واوصى لاخر بخدمته تلك السنة وسنة احدى وسبعين ومائة ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فان خدمة العبد تقسم في السنة الاولى على ستة اسهم اربعة للورثة وسهمان للموصى لهما لكل واحد منهما يوم وتقسم في السنة الثانية على ثلاثة اسهم سهمان للورثة وسهم للموصى له الثاني لان في السنة الاولى اجتمعت الوصيتان وحقهما على السوا فوقع التزاحم في الوصية لتعيين المحل فيكون الثلث على سهمين فيصير الثلثان اربعة فاذا مضت السنة الاولى بطلت الوصية الاولى لفوات محلها وبقيت الثانية فتقسم بينه وبين الورثة اثلاثا كما لو انفردت فاذا مضت السنة الثانية انتهت الوصية الثانية لفوات محلها فيعود العبد الى الورثة رقبة وخدمة فرق بين هذه المسألة وبين مسألة اول الباب والفرق ان الوصية ثمة كانت مرسلة غير مضافة الى وقت بعينه فلا يزاحم في محل الحق ولا حاجة الى التجنيس والنقصان الا الا ترى انه لو ابق العبد بعد موت الموصي مضت سنتان او اكثر لا تبطل وصيتهما واذا كانت مرسلة ضرب كل واحد من الموصى لهما بقدر حقه في الثلث وحق

واحدهما ضعف حق الاخر فيقسم الثلث بينهما على ثلاثة وثلثان ستة ايضا لا لكل واحد منهما الى تمام حقه اما هنا الوصية مضافة الى وقت بعينه فازدحم الحقان في عين واحدة الا ترى ان العبد لو ابق بعد موت الموصي ثم عاد بعد مضي السنة الاولى بطلت الوصية الاولى وبقيت الثانية ولو عاد بعد مضي السنتين بطلت الوصيتان جميعا وسلم للورثة واذا كانت مضافة الى وقت بعينها فقد اجتمع في سنة سبعين ومائة وصيتان وفي سنة احدى وسبعين ومائة وصية واحدة ونظير هذه الوصية بالعين متى كانت مرسلة بان اوصى لرجل بدرهم ولاخر بدرهمين والوصيتان لا يخرجان من الثلث ضرب كل واحد منهما بجميع حقه في الثلث ومتى كانت الوصية بالعين مضافة بان اوصى لرجل بدرهم ولاخر بذلك الدرهم بعينه وبدرهم اخر فالدرهم الذي اجتمع فيه الوصيتان يقسم بينهما نصفين ولا يقسم اثلاثا كذلك هنا ولو كان العبد يخرج من الثلث تقسم خدمة العبد في السنة الاولى بين الموصى لهما نصفين يخدم لكل واحد منهما يوما لاستوا حقهما في السنة الاولى لان وصية الثاني وان كانت سنتين لكن نصفه في السنة الاولى بحكم المزاحمة والنصف في السنة الثانية ومتى خرج العبد من الثلث لا يضم حق الورثة الى وصيتهما فيقسم كل العبد هنا لا يقسم ثلث العبد ثمة واذا تمت السنة الاولى سلمت السنة الثانية كلها الى الاخر فاذا تمت السنة الثانية رجع الى الورثة وكذا لو لم يخرج من الثلث لكن اجازت الورثة لما قلنا فان تشاجر الورثة والموصى لهما في جميع هذه المسائل في البداية بخدمة العبد فالقاضي يقرع بينهم ايهم خرجت قرعته يبدا به ثم بالثاني وان شا بدا بايهم شا من غير قرعة لان البداية لواحد منهم واجب قطعا للخصومة وهو طريق ايفا الحقوق وايصال الحق الى المستحق وللقاضي ذلك من غير قرعة لان البداية بواحد منهم مما لا يبطل شيا من حق الباقين فكان له ان يبدا والاولى ان يقرع تطييبا لقلوبهم ونفيا لتهمة الميل عن نفسه كما في قسمة الاعيان اذا عزل القاضي الانصبا كان له ان يبدا بنصيب ايهما شا وان اقرع لنفي التهمة كان احوط وليست القرعة هنا لاثبات الحق بل لنفي التهمة كاستعمال القرعة بالمشاورة بواحدة من نسائه على ما ذكرنا في الايمان ولو مات وترك دارا لا مال له غيرها واوصى لرجل بسكناها سنة ولاخر بسكناها سنتين ولم تجز الورثة فانه يقسم الدار على اسهم اربعة اسهم وهو ثلثا الدار للورثة وسهمان وهو ثلث الدار للموصى لهما يسكن كل واحد منهما في السنة الاولى سدس الدار واذا مضت السنة الاولى يقسم الدار على ثلاثة اسهم يسكن الموصى له بسكنى الدار سنتين ثلثها والورثة ثلثيها واذا تمت السنتان ترد على الورثة فرق بين الوصية بالخدمة وبين الوصية بالسكنى فان ثمة قسمة الخدمة بالتهايؤ بالايام وهنا قسم عين الدار والفرق ان الاصل قسمة المحل لتمييز حق كل واحد منهما

عن حق الاخر ويصل كل واحد منهما الى الانتفاع بملكه في الحال ولا يتعجل احدهما ويتاجل
حق الاخر ولهذا لو طلب احد الشريكين التهايؤ والاخر طلب قسمة العين فكان قسمة
العين بمنزلة الاصل والمهاياة بمنزلة الخلف عنه وفي العبد لا يمكن قسمة عين العبد حتى يخدم
ثلثاه الورثة وثلثه للموصى لهما في وقت واحد ليصل كل واحد منهما الى حقه في الحال ولا يتقدم
حق احدهما على الاخر فوجبت القسمة بالتهايؤ باعتبار الايام خلفا عن قسمة المكان لتعذر
الاصل اما في الدار فقسمة عين الدار اذا كانت مما يحتمل القسمة ممكن فلا يصار الى الخلف
عند القدرة على الاصل وهذا اولى من القسمة بالتهايؤ الا ترى ان كل واحد منهما في الدار
يطلب حقه في الحال لامكان الاستيفاء وعند ذلك يقع التزاحم فصار ذلك بمنزلة
الوصية بالسكنى والخدمة في زمان معين اما في العبد فلا يمكن لكل واحد منهما
استيفاء حقه في الحال فلا يقع التزاحم فصار وزان مسالة الدار من العبد ان لو كانت
الدار بحيث لا تحتمل القسمة بالمكان لصغرها وعند ذلك تقسم سكنى الدار بين الورثة
والموصى لهما بالايام كما في العبد فان قيل اذا وجبت قسمة الدار هنا وجب ان تقسم
ثلث الدار بين الموصى لهما اثلاثا كما في خدمة العبد لما وجب قسمة خدمة العبد
قسم ثلث خدمة العبد بين الموصى لهما اثلاثا قيل نعم انما تقسم اثلاثا لان الموصي
فضل احد الموصى لهما على الاخر في الخدمة لانه اوصى لاحدهما بخدمته سنة والاخر
بخدمته سنتين غير مضافة الى وقت بعينه والموصى له بوصية مرسلة يضرب بجميع
حقه في الثلث فيقسم اثلاثا اما في قسمة الدار وجبت قسمة العين لا السكنى ليصل
كل واحد منهما الى السكنى للحال وفي العين لم يفضل الموصي احدهما على الاخر لانه لم يوص
لهما بعين انما فضل في السكنى فلا جرم نفضل احدهما على الاخر في السكنى ولهذا لا
لا فرق بينهما اذا كانت السنة معينة او منكرة ولو كانت الدار تخرج من الثلث او لا
تخرج واجازت الورثة فان الدار تقسم في السنة الاولى بين الموصى لهما نصفين وفي
السنة الثانية كلها لصاحب السنتين لذهاب حق الاول وليس للموصى له بالسكنى
ان يواجر الدار لما قلنا في الخدمة ولو اوصى له بغلة الدار فاراد ان يسكنها بنفسه فهذا
الفصل لم يذكر في واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه قال الفقيه ابو بكر الاسكاف
رحمه الله له ذلك لان غيره لو سكن انما يسكن لاجله وباذنه فاذا سكن بنفسه كان
اجوز وقال الفقيه ابو بكر الاعمش رحمه الله ليس له ذلك فيه ضررا على الميت لانه
لو اجرها واخذ الغلة فلو ظهر على الميت دين يقضى من تلك الغلة دينه واذا سكن
هو بنفسه لا يمكن اداء الدين من الغلة ولا يجب عليه الغلة لانعدام العقد فيتضرر
الميت بذلك ولو اوصى لرجل بغلة عبده سنة ولاخر بغلته سنتين ولا مال له غيره
ولم تجز الورثة استعمل للورثة ثلثي العبد وكل واحد من الموصى لهما سدسه في السنة

الاولى ثم يستعمل صاحب السنتين ثلثه سنة اخرى لان الوصية بالغلة وصية
بالغلة وصية بالعين لا بالمنفعة والوصية متى حصلت بالعين يجب قسمة العين اما التهايؤ
انما يجب في القسمة العين اما التهايؤ انما يجب في قسمة المنفعة وهذا لان المهاياة
في غلة العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق وان كان العبد بين اثنين فكذلك هنا بخلاف التهايؤ
في غلة العبدين عندهما وهما فرقا وقالا معنى القسمة والتمييز يترجح في غلة العبدين
لان كل واحد منهما يصل الى نصيبه في الوقت الذي يصل اليه صاحبه فيجوز كالمهاياة
في الخدمة وغلة الدارين اما في العبد الواحد معنى المعاوضة تغلب لانه يصل احدهما
الى الغلة قبل الاخر وفيه معنى الخطر فربما يمرض العبد في نوبة احدهما وربما يمتنع من الخدمة
بدعوى الحرية ومعنى الخطر في المعاوضة يبطل بخلاف غلة الدار الواحدة لان باعتبار العادة
هناك تسلم الغلة لان كل واحد منهما في نوبته في الغالب هناك السلامة توضيحه ان المهاياة
في الغلة من وجه كالمهاياة في الخدمة لان الغلة بدل المنفعة ومن وجه كالمهاياة في غلة
النخل لان ما يسلم لكل واحد منهما به عين فلشبهه فالمهاياة في الخدمة جوزناه في العبدين
لترجح معنى القسمة فيهما ولشبهه بالمهاياة في غلة النخل ابطلناه في العبد الواحد وابو حنيفة
رضي الله عنه يقول المقصود بهذه المهاياة سلامة عين بسبب ملك الحيوان فلا يجوز
كالمهاياة في غلة العبد الواحد وكالمهاياة في اولاد الغنم والبانها وهذا لان التهايؤ على
الاستغلال لو كان يجوز في الرقيق لكان جوازه في الواحد اولى لان معنى المعادلة
والتمييز فيه اظهر منه في العبدين فاذا لم يجز في العبد الواحد اولى ان لا يجوز في
العبدين وهذا لان الادمي في يد نفسه وربما لا يبتغي في الاستعمال وكل واحد منهما لا
يتمكن من تحصيل ما هو المقصود بنفسه في نوبته او فيما في يده من العبد وقيل هذه
المسالة تبنى على اختلافهم في قسمة الرقيق فالمقصود لكل واحد منهما المالية هنا وابو
حنيفة رحمه الله تعالى لا يرى قسمة الجبر في الرقيق وهما يريان فكذلك في غلة الرقيق
ولهذا لا تجوز المهاياة في غلة العبد الواحد عندهم لان القسمة لا تجري فيه بخلاف في
المهاياة فالمقصود هناك المنفعة دون المالية فجاز ذلك في العبد الواحد والعبدين
وكذلك لو اوصى لرجل بثمر نخيله سنة ولاخر سنتين فالثمرة في السنة الاولى ثلثاها
للورثة لان الوصية بالثمرة وصية بالعين فتجب قسمة العين اذا كانت العين تحتمل
القسمة لوقوع التزاحم فيها وان كان العبد والثمرة يخرج من الثلث او اجازت الورثة
فالثمرة والغلة في السنة الاولى بين الموصى لهما نصفين وفي السنة الثانية كلها لصاحب
السنتين لما قلنا والوصية في سنة بعينها وفي سنة بغير عينها سواء لان التعيين
ثابت بقضية السبق في الوجود وفي الوصية نفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة
لانه هو الذي يستوفي منفعته في الحال وليس هذا كالرهن لان منفعة استحقاق اليد
يحصل للراهن لانه لو هلك يسقط الدين فهو نظير العبد المستاجر تكون نفقته على الاجر

بل اولى لان له ان يفتك في اي وقت شاء وكذا لو اوصى برقبته لرجل وبخدمته لاخر فالنفقة
على صاحب الخدمة الا ان يكون العبد صغيرا فتكون نفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك
الخدمة لانه لا منفعة لصاحب الخدمة منه في الحال وانما تكون النفقة للنما والزيادة والنما
لصاحب الرقبة فتكون النفقة عليه فاذا بلغ حد الخدمة لان المنفعة تحصل له في الحال
وكذا في الوصية بالثمرة السقي والخراج وعلاج ما يصلحه على صاحب الغلة لان منفعته
تحصل له الا اذا كانت الشجرة لا تحمل فالسقي والقيام عليها على صاحب الرقبة فاذا اثمرت
فعلى صاحب الغلة وفي المبسوط اذا اوصى بغلة داره او عبده في المساكين جاز وذلك للمسا
مساكين جاز وذلك للمساكين ابدا اذا كان ذلك الشي يخرج من ثلث ماله وكذا الثمرة
لان المساكين يستحقون الثمرة بعقد الوقف فكذلك بعقد الوصية ولا يجوز ذلك
في السكنى والخدمة والركوب الا لانسان بعينه لان الوصية بالغلة وصية بالدراهم
والدنانير اما بالخدمة والسكنى لا تجوز الا لرجل بعينه لانه لا يمكن تنفيذ هذه الوصية
الا بعد بقا العين ولا تبقى العين الا بالانفاق عليها وليس هنا احد يوصى بالانفاق
اما الوارث فلانه لا منفعة له في ذلك ولا يجوز ان يستغل فينفق من غلته لانه
لم يوص بالغلة فكان فيه تبديل الوصية وانه لا يجوز ولا تجب النفقة على المساكين
لاجل الجهالة ولان النفقة تكون بمنزلة عوض عن السكنى والخدمة والمعاوضة
لا تصح مع المجهول بخلاف ما اذا اوصى لرجل بعينه لان من عليه النفقة معلوم
ولو اوصى لرجل بظهر فرسه في سبيل الله تعالى يجوز لان الموصى له معلوم ولو اوصى
بظهرها في سبيل الله تعالى لا يجوز عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويجوز عند
محمد رحمه الله لقوله صلى الله عليه وسلم اما خالد فقد حبس ادرعه وافراسا
في سبيل الله تعالى ولانه نوع من الاعداد للعدو وقال الله تعالى واعدوا لهم ما استطعتم
من قوة الاية ولانه نما من ماله كالثمرة ولابي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان هذه وصية
لا يمكن تنفيذها على ما ذكرنا ولم تذكر قول ابي يوسف رحمه الله فقيل انه مع محمد رحمه
الله وهكذا ذكر في شرح الكرخي رحمه الله وقيل هذه فرع مسالة الوقف ان عند ابي حنيفة
رضي الله عنه لو جعلها وقفا في حال الحياة لا يجوز فكذا اذا اوصى وعندهما لو جعلها
في حال الحياة يجوز وكذا الوصية وفي شرح الكرخي رحمه الله اذا اوصى بسكنى
الدار وغلة العبد او ظهر الدابة لانسان بغير عينه فعندهما يستغل ويبدا من غلته
بعلفه وطعامه فاذا اكتفى سلم الى الموصى او كانت الوصية بالفاضل من غلته واجرينا
ذلك مجرى الوقف انه يجب ان يبدا بعمارته على سبيله وان لم يذكرها الواقف وفي
الدار اذا استرمت يستغلها القاضي ويعمرها فاذا استغنت سلمها الى الموصى له كما
في الوقف ولو اوصى لرجل بغلة بستانه ولاخر برقبته وهو ثلث ماله فالرقبة لصاحب
الرقبة والغلة لصاحب الغلة ابدا ما بقي كما في الخدمة فاذا مات سلم الكل لصاحب

الرقبة وهذه ثلث مسائل في وجه تقع على الابد ذكر الابد او لم يذكر وهو ان
يوصي بغلة بستانه او ارضه او سكنى داره او خدمة عبده ويعتبر خروج البستان او الارض
او الدار او العبد من الثلث لان اسم الغلة تقع على الثمرة وغيرها فلاجل العموم يتناول
الموجود وغيره وفي وجه يقع على الموجود ولا يقع على الحادث ذكر الابد او لم يذكر
وهو ان يوصي بالصوف على ظهر غنمه والولد في بطن جاريته واللبن في الضرع ان كان
على ظهرها صوفا او في بطنها ولدا او في ضرعها لبن يوم يموت الموصي جازت الوصية
والا فلا لان الموجود عين يملكها الموصي وانما لا يجوز بيعها لما في تسليمها من الخطر
والجهالة وذلك لا يمنع صحة الوصية واما ما يحدث من الولد واللبن والصوف قال
محمد رحمه الله كان القياس ان كان كالثمر فاما ان يبطل الوصية فيهما او يجوز فيهما لان
كل واحد منهما عن معدوم يوم الموت وهو نما ماله الا انهم استحسنوا فقالوا اذا اوصى
بثمرة نخله ولا ثمرة فيه استحق الموصى له الثمرة التي تحدث لان الثمرة والمنافع يجوز ان
تستحق بالوقف والمعاملة فجاز ان تستحق بالوصية لان كل واحد منهما عقد يصح مع الخطر
بل اولى لان الوصية اوسع بابا اما اللبن والصوف والولد المعدوم فلا يستحق بعقد ما فكذا
بالوصية لان القياس يابى جواز الوصية بالمعدوم لانه ليس بمحل للملك حال موت الموصي
وما يحدث بعده يحدث على ملك الوارث لانه متولد من اصل مملوك له الا انا جوزنا
لاستحقاقه اصلا في الشرع فبقي في غيره على اصل القياس والموجود من هذه الاشيا
يجوز تمليكها بعقد البيع تبعا وبالخلع قصدا فجاز بالوصية لان الوصية انما تجوز
في شي يجري فيه الارث او فيما له نظير من العقود حالة الحياة واللبن ونحوه لا يدخل
تحت الميراث ولا نظير له من العقود بخلاف الغلة لان له نظيرا من العقود وهي المعاملة
والاجارة والسكنى والخدمة لها نظير وهو الاجارة والعارية وقال ابو يوسف رحمه
اذا اوصى بسعف نخله لرجل جازت ذلك وقطعت السعف ولو اوصى برجل شاة ابطلت
الوصية لان السعف يستحق بالبيع ويستحق بالوصية ورجل الشاة بعقد ما فكذا
بالوصية ولان تسليم السعف ممكن وتسليم عضو من الشاة غير ممكن وفي وجه ان ذكر
الابد يقع على الموجود والحادث جميعا كما اذا اوصى بثمرة بستانه ابدا وان لم يذكر الابد
ان كان وقت الموت ثمرة موجودة تقع على تلك الثمرة وان لم يكن القياس ان تبطل
الوصية لان الثمرة اسم خاص فصار كاللبن والولد وفي الاستحسان تقع على الحادث
الى ان يموت الموصى له فاذا مات بطلت الوصية ولا تورث عنه اما اذا ذكر الابد يقع
على الموجود والحادث جميعا كما اذا اوصى بثمرة بستانه ابدا وان لم يذكر الابد ان كان
وقت الموت ثمرة موجودة يقع على تلك الثمرة لان لها نظيرا من العقود وهي المعاملة
فاذا قال ابدا علمنا انه اراد به الموجود والحادث ولان الوصية عقد استخلاف
كالوراثة فاذا قال ابدا استحق المعدوم بحكم الخلافة كالوارث وان لم يقبل يقع

يقع على الموجود وقت الموت لان الثمرة اسم خاص يراد بها الموجود عرفا فلا يتناول
الحادث الا بدليل كما اذا قال في صحته ثمرة بستاني لفلان لينصرف الى الموجود وقت
الاقرار واذا تناول الموجود لا يتناول الحادث لانه اسم للموجود حقيقة المعدوم ما
يتناوله الاسم مجازا فلا يجوز الجمع بينهما وان لم يكن في البستان ثمرة القياس ان تبطل
الوصية لما ذكرنا وفي الاستحسان يقع على الحادث ابدا لانه احتمل انه اراد الموصي الثمر
في المستانف ولو صرفنا وصيته الى ذلك صحت والوصية اذا احتملت الصحة
والفساد حملت على الصحة كما لو اوصى لولد فلان وليس لفلان ولد كانت الوصية
لولد ولد لكن هنا بخلاف الصوف ونحوه لان هناك لو اراد به الحادث لا يقع
عليه كما لو نص عليه فلما لم يكن له وجه الصحة لا تحمل عليه ولهذا صرفنا الوصية بالغلة
الى ما يوجد ابدا ولانه اسم لما يوخذ على التعاقب والترادف يقال غلة الدار وغلة
الحانوت يراد به ما يوخذ وقتا بعد وقت فعند الاطلاق ينصرف الى الحادث
والموجود ولو اوصى لرجل بغلة ارضه وليس فيها نخل ولا شجر ولا مال له غيرها
فانها تواجر ويكون له ثلث الغلة وان كان فيها شجر اعطي ثلث ما يخرج منها
لان اسم الغلة يقع على الثمر والاجر فاذا كان فيها انصرف اليه لان الغلة في الحقيقة
اسم لما يخرج وان لم يكن فالوصية بالغلة وصية بالدراهم والدنانير فان قيل لم لا
يزرعها اذا لم يكن فيها شجر قيل له لانه لو زرع استفاد ملك الخارج ببذره
وهو انما اوصى له بغلة ارضه لا بغلة بذره فاذا مات صاحب الغلة بطلت الوصية
كما في الخدمة والسكنى بخلاف ما اذا اوصى له بالثمرة وظهرت الثمرة وصارت
لها قيمة ثم مات الموصى له حيث صار ميراثا عنه لان الثمر لما ادرك فقد ملكها الموصى
له وصار بحال لو باعها يجوز بيعه فينتقل الى الوارث بخلاف الغلة والخدمة رجل اوصى
بثلثه ثم قال اشركت فلانا معه في الثلث او ادخلته معه فالثلث بينهما نصفان لان
الشركة المطلقة تقتضي المساواة فيما اضيفت اليه الشركة ولهذا لا يفضل الذكر على
الانثى في اولاد الام في الميراث لقوله تعالى وهم شركاء في الثلث ولهذا لو اوصى
لرجل بمائة ولاخر بمائة ثم قال لاخر قد اشركتك معهما كان له ثلث ما اوصى لكل
واحد منهما تحقيقا للتسوية بينهم وقد امكن القول بالتسوية بالرجوع عن نصف
ما اوجب الاول فصار راجعا عن وصية الاول بقدر نصف الثلث موصيا
بذلك للثاني وهو يملك ذلك وكذا قوله ادخلت لانه ادخل الثاني في الثلث ولم
يفضل احدهما على الاخر فكان الثلث بينهما نصفين ولو قال بعد ذلك لثالث
اشركتك معهما او ادخلتك معهما في الثلث كان الثلث بينهم اثلاثا ويكون رجوعا
عن ثلث ما اوصى لكل واحد منهما فرق بين هذا وبين البيع فانه لو اشترى عبدا
وقبضه ثم قال لاخر قد اشركتك في هذا العبد يكون بيعا للنصف منه بنصف الثمن ثم

الثمن تحقيقا للتسوية ولو قال الثالث اشركتك فيه فهذا العبد ان علم الاخر بمشاركة الاول فله
نصف نصيب الذي اشركه وهو ربع العبد وان لم يعلم فللاول نصفه ونصفه للاخر
ولا شيء للمشتري والفرق ان في البيع الاشراك معهم لا يتحقق الا بفسخ البيع لان ذلك لا
لا يمكن الا بالرجوع عن بعض ما باع وانه غير ممكن لو قوعه لازما وفي الوصية الرجوع ممكن
لعدم لزومها فصار رقصده الاشراك معهما رجوعا عن بعض ما اوصى لهما واما الفرق
بين العلم وعدمه في البيع انه اذا علم كان قصده الشركة فيما هو ملكه وملكه مقصور على
النصف وشاركه فيه وان لم يعلم فالاشراك اضافة الى العبد وهو لظاهرا فيكون له
نصف الكل ولو ان عبدا لرجلين قال احدهما لرجل اشركتك في هذا العبد ولم يجز صاحبه
يكون نصيبه بينهما نصفين قال ابو يوسف رحمه الله تعالى وليس هذا كالبيع لانا لو
جعلنا نصيبه كله ذهبت فائدة الشركة لان الاشتراك منه انما يتصور فيما هو مملوك له
والمملوك له النصف فيكون له الربع فصار نظير الوصية مع البيع اذا قال رجل
لاخر اشتر عبد فلان بيني وبينك فقال نعم ثم لقيه اخر فقال اشتره بيني وبينك
فقال نعم ثم لقيه ثالث فقال مثل ذلك ثم اشترى فالعبد بين الامر الاول وبين
الامر الثاني ولا شيء للثالث ولا للمشتري لان الوكالة بشراء شيء بعينه لازمة
لا يملك الشراء لنفسه ولا يملك اخراج نفسه بغير محضر من الموكل كالبيع ولو قال
للثالث نعم بمحضر من الاول والثاني كان العبد بين المشتري والثالث نصفين و
ولا شيء للامر الاول والثاني لانه قد رد الوكالة عليهما لانه متى كان بمحضر من الكل
صار رادا للامرين وهو يملك ذلك بمحضرتهما فصار كالوصية من حيث انه يملك الرجوع
واذا رد امرهما صار مشتريا لنفسه مع الثالث وان قال بعد ذلك في مسالة الوصية
ابدوا بالاول فالاول لا تعطوا الثاني شيئا حتى يستكمل الاول وصيته ولا تعطوا الى
الثالث شيئا حتى يستكمل الثاني وصيته لا يلتفت الى قوله ويكون الثلث
بينهم اثلاثا لانه انما يراعى من امر الموصي ما يفيد والامر بالبداية مما لا يفيد لانه
قد وقعت الشركة بينهم في الثلث وبالامر بالبداية لم يصر راجعا عن وصية احد
احدهم ولم يزد نصيب احدهم فكان هذا مشورة في ملك الغير وانه باطل
ولانه لو افاده انما يفيد اختصاص الاول بما قبض لو هلك الباقي ولو هلك الباقي
لا يختص به لان الثلث صار مشتركا بينهم فاذا لم يفد صار وجوده وعدمه بمنزلة
وفي شرح الامام الكرخي رحمه الله تعالى اذا اوصى بعبد ثم مكث يوما فقال قد
اوصيت بخدمته لفلان فهو رجوع في الخدمة وهو بمنزلة قوله العبد لفلان وصيته
وخدمته لفلان وكذلك الخاتم والحمل اذا اوصى بالخاتم لرجل ثم اوصى بفصه لاخر
او اوصى بالجارية لرجل ثم بحملها لاخر لان الموصي يملك الرجوع عن جميع وصيته
فيملك عن بعض ما اشتملت عليه فكان الثاني رجوعا عما يستحقه الموصى له الاول

بحكم ملكه ولو اوصى لصاحب الخدمة بالعبد بعد ما اوصى بخدمته او بالامة بعد ما اوصى
له بولدها او لصاحب الفص بالخاتم فان العبد بينهما نصفان وخدمته بينهما نصفان
وكذا الامة وولدها بينهما وكذا الخاتم والفص لانه لما اوصى لاحدهما بالرقبة اقتضت
الوصية الرقبة بتوابعها فلما اوصى لاخر بالتبع ثم اوصى له بالاصل صار كانه اوصى لكل واحد
منهما بالاصل بمنافعه فيتساويان ولان الموصى له بالخدمة انما ينفرد عن صاحب
الرقبة لان كل واحد منهما مقتضى له بما لا يثبتا وله ابطال وصية الاخر فاذا ضم الى صاحب
الخدمة الرقبة صارت المنافع تابعة لوصيته فسقط حكمها وصار كانه اوصى لكل
واحد منهما بالرقبة بخلاف ما اذا ابتدأ بالخدمة لانه لما ابتدأ به او الولد ثم اوصى لاخر
بالاصل مطلقا اقتضت الوصية الثانية الاصل والنافع فيما عدا ما موصى به لهما فكان
بينهما والرقبة لصاحب الرقبة خاصة وان اوصى للثاني بنصف العبد فتم العبد
بينهما اثلاثا وكان للثاني نصف الخدمة لانه لما اوصى له بنصف العبد بطلت وصيته
في خدمة ذلك النصف لانها تبعت الوصية وبقيت وصيته في النصف الاخر
بحالها قال ابن سماعة رحمه الله تعالى ثم رجع ابو يوسف رضي الله عنه عن هذا فيما
ذكر لي قال اذا اوصى بالعبد لرجل وبخدمته لاخر ثم اوصى برقبته لصاحب الخدمة فان
العبد بينهما والخدمة كلها للموصى له بالخدمة لانه لما صح افراد كل واحد منهما بالوصية
والثاني موصى له بالرقبة وبالخدمة على الانفراد فافراد الخدمة يقتضي خروجها
من وصية الاول فيستحق الثاني نصف العبد لمساواة في الوصية وانفرد
بالخدمة فيستحقها ولو اوصى بما في بطن جارية لرجل ثم بالجارية لاخر فالجارية
لهذا والولد لهذا لان اسم الولد لا يتناول الحمل وانما يستحق على وجه التبع
واذا افرده لم يستحق صاحب الرقبة ولو اوصى له بامة تخرج من الثلث واوصى
لاخر بما في بطنها واوصى بها ايضا للذي اوصى له بما في البطن قال ابو عبد الله رحمه
الله تعالى روي عنه انه قال الامة بينهما والولد كله للذي اوصى له به خاصة لما بينا
ان المساواة فضلت في الرقبة بينهما وانفرد صاحب الولد بالوصية به فما تساويا
فهو بينهما وما انفرد لاحدهما فهو له خاصة ولو اوصى بالدار لرجل ببيت منها
بعينه لاخر كان بالحصص وكذا لو اوصى بالف بعينها لرجل وبماية منها لاخر
كانت تسعماية لصاحب الالف والماية بينهما نصفان في قياس قول ابي
حنيفة رضي الله عنه واما في قول ابي يوسف رحمه الله فعلى احد عشر لصاحب
الماية جزء من احد عشر في الماية ولصاحب الالف عشرة في جميع الالف وكذلك
الدار والبيت لان الدار اسم لجميع البيوت فوصية الاول تتناول البيت من
طريق الصريح فاذا اوصى به للثاني فكل واحد منهما موصى له بصريح الوصية فيه
فاشتركا فيه وكذلك الالف عبارة عن كل ماية منها بصريح فالماية موصى بها

موصى بها لصاحب الالف ولصاحب الماية فكانت بينهما واما الكلام في كيفية
القسمة فلان عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه من لا يدلي بسبب صحيح لا يضرب
بقدر ما يستحق بالمزاحمة وعندهما يضرب كل واحد منهما بجميع حقه فيضرب هذا
بكل الالف وهذا بسهم منها فيكون على احد عشر ولو اوصى ببيت بعينه لرجل ثم
وببنائه لاخر كان بينهما بالحصص يعني البناء لان البيت لا يسمى بيتا الا بالبناء
فوصية الاول قد تناولت البناء بالصريح فيشاركه الموصى له بالبناء وليس هذا كما لو
اوصى بالدار الاول ولاخر ببنائها انهما لا يشتركان في البناء لان الدار اسم للعرصة
فلم تتناول وصية صاحب الدار من طريق الصريح فكان الاول العرصة وللثاني
البناء وليس للاول فيه شي كفص الخاتم والله اعلم

باب من الوصايا التي يرجع في بعضها

اصل الباب ان الوصية اخت الميراث لانها تجب
بالموت كالميراث فيجب اعتبارها بالميراث ما امكن والمال اذا اضيف الى جماعة يراد
به الايجاب لهم على التسوية كما في اولاد الام في الميراث والبيع والاقرار وغيرهما
من التصرفات الا اذا بين نصيب احدهم فيكون ذلك بيانا ان الباقي للاخر
كما في قوله تعالى وورثه ابواه فلامه الثلث فان الثلث للام والباقي للاب وكما في
قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس فان للام السدس والباقي للاخوة ويكون
هذا بيانا مغيرا فيصح فيما له ولاية التغيير موصولا كان او مفصولا ولا يصح فيما
ليس له ولاية التغيير الا بشرط الايصال كالاستثناء والتعليق وقد ذكرنا هذا
وحرف اخر ان الرجوع عن الوصية صحيح وكما يملك الموصي الرجوع عن جميع الوصية
يملك الرجوع عن البعض اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان الوصية تمليك بعد
الموت وتمامها بالموت ولهذا لا يعتبر الرد والقبول قبل الموت ولا اجازة
الورثة وردهم قبل الموت فصارت الوصية في حالة الحياة كاحد شطري
العقد فاحد شطري العقد قبل ايصال الشطر الاخر به قابل للرجوع في سائر العقود
فكذا في الوصية ولانها تبرع قبل ايصال القبول به والتبرع بعد ايصال القبول به قابل
للرجوع فقبله اولى والوصايا على اربعة اوجه منها ما يملك الرجوع عنها قولا وفعلا
كالوصية بعين من اعيان ماله اذا قال رجعت عن الوصية صح وان باعها بطلت الوصية
وكذا كل فعل يوجب تبديل العين مثل ان يوصي بثوب ثم قطعه وخاطه او بقطن ثم
غزله او بغزل ثم نسجه او بحديدة ثم صنع منها انا او سيفا او بفضة ثم صاغ منها
حليا ونحو ذلك وهذا لانه تخيير بين تنفيذ العقد وبين ابطاله فاذا فعل ما يدل على
الابطال قام مقام قوله ابطلت كالبيع بشرط الخيار اذا فعل من له الخيار ما يدل على
ابطال الخيار يبطل بكل فعل لو فعله الانسان في ملك غيره يبطل حق المالك عن العين
فاذا فعله الموصي كان رجوعا لان تعلق حق المالك بملكه اقوى من تعلق حق الموصى له

بالموصى به فاذا كان هذا الفعل يبطل حق المالك فلان يبطل حق الموصى له اولى وكل فعل لو فعله في غير الملك لا يسقط حق المالك ينظر ان اتصلت بالعين زيادة لا يملك تسليم العين الا بها كالسويق اذا لته بسمن يكون رجوعا لان السمن زيادة من مال الموصي لم يدخل في الوصية ولا يمكن تسليم احدهما بدون الاخر فتعذر تسليم العين الموصى بها بفعل الموصي فبطلت وكذا اذا بنى في الدار لانه بنى وجعل لانه في ملكه فلا يجوز ان يكلف نقضه ولا يمكن تسليمها دون البنا والبنا لم يستحق بالوصية وكذا اذا اوصى بقطن ثم حشى به او ببطانة ثم بطن بها قبا او بظهارة ثم ظهر بها ثوبا لانها اتصلت بما لم يتعلق به الوصية والنقض غير مستحق وكذا لو اوصى بشاة ثم ذبحها لانه تصرف في العين الموصى بها فيستدل به على الرجوع وهذا لان الملك بالوصية يقع بعد الموت والشاة المذبوحة لا تبقى في العادة فدل على الرجوع ولانها لا تصلح بعد الذبح لما كانت تصلح قبله فتغييرها دلالة الرجوع واذا اوصى بقميص ثم نقضه وجعله قبا فهو رجوع بل اولى لانه لو جعل الثوب قبا يكون رجوعا فالنقض والخياطة اولى اما اذا نقضه ولم يخطه قال في شرح الكرخي رحمه الله تعالى يحتمل ان يقال ليس برجوع لان العين باقية تصلح لما كانت تصلح له من قبل فلا تنتقض الوصية كما قالوا في نقض بنا الدار ولو اوصى بثوب ثم غسله او بدار ثم جصصها او هدمها فليس برجوع لان الغسل ليس بتصرف في عين الثوب بل هو ازالة الوسخ منه لا تعلق به الوصية وكذا التجصيص ليس بتصرف في نفس ما اوصى به لان التبايع والتصرف في البيع لا يسقط الحق عن المبيوع وكذا نقض البنا تبع للعرصة والعقد وقع على الاصل ولو باعها ثم اشتراها فهو رجوع لان البيع يزيل ملك الموصي ويستحيل بقا الوصية في ملك الغير فلم يبق خلاف يعود بالشرا الا بوصية مستقبلة اذا اوصى به لغيره لا يكون رجوعا ويكون بينهما لانهما تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق ولان الوصية قابلة للاشتراك فلم تكن الثانية دلالة الرجوع لاحتمال الاشتراك الا ان يذكر الوصية الاولى عند الوصية الثانية وابتدا بالثانية فيكون رجوعا ولو ذكر الثانية بحرف العطف يكون رجوعا في البعض ومنها ما لا يقبل الرجوع قولا وفعلا كالتدبير المطلق اعتاق بعد الموت فكما لا يملك الرجوع عن العتق المنجز لا يملك الرجوع عما هو سبب العتق ومنها ما يملك الرجوع قولا ولا يملك الرجوع فعلا كالوصية بثلث ماله اذا قال رجعت عن الوصية صح ولو باع جميع ماله لا تبطل الوصية لاحتى لو استفاد مالا اخر كانت الوصية باقية وكذا اذا اوصى به لغيره لما قلنا ومنها ما يملك الرجوع فعلا لا قولا كالتدبير المقيد فانه لا يملك الرجوع عنه قولا ويملك الرجوع فعلا بان باعه اذا عرفنا هذا قال الامام محمد

محمد رحمه الله تعالى رجل قال قد اوصيت بثلث مالي لفلان وفلان لفلان منه مائة ولفلان خمسون ثم مات وثلث ماله مائة وهي بين صاحب المائة وصاحب الخمسين اثلاثا ثلثاها لصاحب المائة وثلثها لصاحب الخمسين ولا شي للاخر لان تقدير هذه الوصية كانه قال اوصيت بمائة من ثلث مالي لفلان وبخمسين من ثلث مالي لفلان وبما بقي من ثلثي مالي لفلان لان صدر كلامه اقتضى ان يكون الثلث بينهم اثلاثا لانه اضاف الثلث اليهم على السوا فكان موصيا لكل واحد بثلث الثلث الا ترى انه لو اقتصر عليه كان بينهم اثلاثا ويحتمل ان يكون مقتضاه التفاوت لان الشركة بين الرجلين في الشي قد تكون متساوية وقد تكون متفاوتة وان كان الاصل التساوي فاذا بين التفاوت وهو محتمل لفظه والوصية قابلة للرجوع يكون رجوعا عن بعض ما اوجب لاحدهما الى الاخر او عن الكل واذا بين نصيب الاثنين ولم يبين نصيب الثالث كان بيانا دلالة ان للثالث ما بقي بعد وصيتهما فيكون الاول والثاني بمنزلة صاحب الفرض في الميراث والثالث بمنزلة العصبة اعتبارا للوصية بالميراث وفي الميراث اذا اضاف المال الى جماعة من الورثة ثم بين نصيب احدهم كان من الشرع بيانا دلالة ان الباقي نصيب الاخر على ما ذكرنا واذا صار تقدير الوصية ما ذكرنا لان كل واحد منهما صار بمنزلة صاحب الوصية بالمال المرسل فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه في المال بمنزلة اصحاب الديون في التركة فكذلك هذا ولو كان ثلث ماله ثلثمائة كان الاول مائة وللثاني خمسون والمائة والخمسون الباقية للذي لم يسم له شيا لان تقدير الوصية لما كان ما ذكرنا ولو صرح بذلك وكان ثلث ماله ثلثمائة يعطى الموصى له بالمائة مائة والموصى له بالخمسين خمسين لسعة المحل والباقي لمن لم يسم له ولو قال ثلث مالي لفلان وفلان لفلان منه مائة ولفلان منه مائة وخمسون وان كان ثلث ماله اقل من مائتين وخمسين فهو بينهما اثلاثا لضيق المحل لما ذكرنا وان كان ثلث ماله ثلثمائة فلصاحب المائة مائة وللاخر خمسون وما بقي وهو مائة وخمسون بينهما نصفان فرق بين هذه المسالة وبين مسالة الاولى الباب فان ثمة ما بقي من الثلث لم يكن بين صاحب المائة وصاحب الخمسين والفرق ان ثمة اضاف الوصية الى ثلاثة ثم بين نصيب اثنين وسكت عن نصيب الثالث والسكوت عنه بمنزلة التنصيص على ارادة الباقي ولو كان كذلك كان كله له فلا يكون بينهما كذلك هنا اما هنا اضاف الثلث الى اثنين على السوية ثم بين لكل واحد منهما دراهم معلومة لا يأتي ما بين لهما على جميع الثلث فكان الباقي من الثلث بينهما نصفين لثبت التساوي بينهما في الثلث فكان الباقي من الثلث بينهما نصفين لثبت التساوي بينهما في الثلث بقضية صدر الكلام الكلام الا فيما فضل فيه احدهما على الاخر لانه نص على التغيير والتفضيل في بعض المال وانه لا يوجب التغيير في الكل نظيره ما قال في الاقرار اذا قال هذه الالف لفلان وفلان لفلان منها اربعمائة ولفلان ثلثمائة موصولا باقراره كان للاول اربعمائة وللثاني ثلثمائة والثلثمائة الباقية بينهما نصفان الا ان في الاقرار يشترط الوصل لان الرجوع عنه لا يصح وصدر الكلام يقتضي

يقتضي التسوية وهنا لا فرق بين الوصل والفصل لان الوصية قابلة للرجوع فرق بين الوصية
والميراث فان في الميراث ما فضل عن سهام ذوي السهام عند عدم العصبة يرد عليهم بقدر
سهامهم ولا يكون بينهم بالتسوية وهنا يقسم بينهما بالتسوية والفرق ان ثمة استحقاق
للزيادة والقرابة كما ان استحقاق اصل الفريضة بالقرابة لانه اذا فضل منهم شيء وليس ثمة
عصبة يجب رده الى اولى الناس به وهم اقرباؤه كما يصرف الجد والارحام واقرباؤه هولاء والشرع
جعل هذه القرابة سببا لاستحقاق الميراث متفاوتة في اصل الفريضة فكذا فيما زاد
عليه اما هنا الاستحقاق بايجابه وصيغة الايجاب تقتضي التساوي بينهما والتغيير
وجد في بعض بالتخصيص فبقي الباقي على الاصل ولو قال ثلث مالي لعبد الله وزيد وعمرو
لعمرو منه مائة وثلث ماله مائة فالمائة كلها لعمرو ولا شيء لعبد الله وزيد لانه لما بين نصيب
عمرو وصار هو بمنزلة صاحب الفرض وغيره بمنزلة العصبة فاذا لم يبق مما قدره الاول
شيء لم يبق محل حقهما ضرورة ولو كان ثلث ماله مائة وخمسون بين زيد وعبد الله
نصفان لانهما صاحبا الباقي وقد اضاف اليهم على السواء الا ان المعتبر وجد في حق
عمرو فبقي الباقي على الاصل ولو اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال الثلث الذي اوصيت به
اوصيت بنصفه لفلان فالثلث بينهما نصفان وكذا لو قال الثلث التي اوصيت به
لفلان قد اوصيت بنصفه لفلان او فقد اوصيت بنصفه لفلان اما الاول فلانه
سمى الوصية الاولى واستانف بالوصية بنصفه للثاني ولا يكون نصفه للثاني الا
بالرجوع عن الاول واما قوله قد او فقد سمى الاول واستانف بالثاني لان قد للاشباع
والابلاغ في الاستينا فيكان رجوعا الا ترى انه لو قال ذلك في الكل بان قال الثلث الذي
اوصيت به لفلان اوصيت به لفلان او قد اوصيت به لفلان او فقد اوصيت به لفلان
كان رجوعا عن الاول والكل للثاني ولو قال الثلث الذي اوصيت به لفلان بنصفه لفلان
لم يكن رجوعا عن النصف ويكون الثلث بينهما اثلاثا لانه ما رجع عن الاولى بل قررها
بجعل الوصية الثانية عطفا على الاول والعطف تقتضي تقريرا المعطوف عليه لا تغييره
فتثبت الوصية للاول بالثلث وللثاني بنصف الثلث فيقسم الثلث بينهما على قدر حقهما
كما لو اوصى لاحدهما بالثلث ولاخر بالسدس الا ترى انه لو قال ذلك في الكل بان قال الثلث
الذي اوصيت به لفلان وقد اوصيت بجميعه لفلان لم يكن رجوعا عن الوصية للاول لكن
ضم الوصية الثانية الى الاول حتى كان الثلث بينهما نصفان فكذا اذا قال واوصيت بنصفه
لفلان وانما كان كذلك لانه متى قال الثلث الذي اوصيت به لفلان قد اوصيت به لفلان
صار ناقلا جميع ما اوصى به الى الثاني لان قد بغير واو وبالفاء تستعمل في موضع الرجوع
فيقول اوصيت لفلان بثلث مالي ثم يقول قد رجعت عنها او فقد رجعت عنها ومتى
قال وقد اوصيت به لفلان فهذا يستعمل في الضم لان قد مع الواو لا تستعمل للنقل فانه
لا يقال اوصيت بثلث مالي لفلان ورجعت عنها وانما يقول رجعت عنها فكان للضم وانما ذكر

وانما ذكر محمد رضي الله عنه هذا على سبيل الاستشهاد انه لما اوصى لفلان بثلث ماله ثم سمى لاخر
مائة فكانه رجع عن وصية الاخرين وكذا لو كانت الوصية بالعبد فقال العبد الذي اوصيت
به لفلان اوصيت به لفلان او قد اوصيت به لفلان وهذا اذا سمى الوصية الاولى اما اذا لم يسمي
الموصى به ولم يسم الوصية الاولى بان اوصى بثلث ماله لرجل ثم اوصى به لرجل اخر واوصى بعبده
لرجل ثم اوصى به لاخر وهو يخرج من الثلث فالعبد بينهما لانه اوصى لهما لكل واحد منهما بجميع العبد
ولهذا لو رد احدهما الوصية كان الكل للاخر الا ان بحكم التضايف عن حقهما يقضي بينهما لعدم
الاستوائهما كما قلنا في دار بيعت ولها شفيعان يثبت لكل واحد منهما حق الشفعة على سبيل
الكمال الا انه يقضي بينهما لضيق الوقت وكذا القصاص اذا قتل رجلين عمدا يثبت لكل واحد
منهما العقود في الكل لكن لضيق المحل يكون بينهما وكذا التركة المستغرقة بالديون اذا
كانت لا تفي بالكل في شرح الامام الكرخي رحمه الله تعالى قال ابن رستم عن محمد رحمهما الله
لو ان رجلا اوصى بوصايا الى رجل فقيل فقيل له انك ستبرأ فاخر الوصية فقال اخرتها فليس
هذا برجوع ولو قيل له اتركها فقال قد تركتها فهذا رجوع لان تاخير الحق ليس باسقاط
له وتركه اسقاط الا ترى انه لو اخر الدين لوجب ذلك التاجيل ولو تركه كان براءة الا ترى انه
لو قال تركت شفعة هذه الدار كان اسقاطا للشفعة ولو قال تركت البيع كان اقالة وفي
العيون رجل اوصى لرجل من جيرانه بمائة درهم ثم اوصى لجيرانه قال قال محمد رضي الله عنه
ينظر فيما اوصى لهذا وفيما يصيبه مع الجيران فيدخل الاول في الاكثر لان المائة اذا كانت
اكثر فانه يستحق باسم الجيرة وقد انه الموصى بتعيين المائة ولا يستحق شيئا اخر واذا كان
يستحق مع الجيران اكثر يكون رجوعا عما سمى له واشترك له مع الجيران كلهم ولو ان رجلا
اوصى لرجل بمائة درهم ثم اوصى له بثلث ماله قال محمد رحمه الله ما كان من سوى الدراهم فللموصى
له الثلث من ذلك ولو اوصى لرجل بمائة درهم ثم اوصى له ولاخر بالف درهم فلهذا خمسمائة وتدخل المائة
فيه لان في الاول عين له المائة من الدراهم فانصرفت الوصية بالثلث الى ما وراء الدراهم من الاموال
وفي الثاني الوصية الثانية خصه نوع مال وهو الف درهم فيدخل الاقل في الاكثر باب

الوصايا بالنفقة

اصل الباب ان الوصية بالنفقة الدارة لشخص ما عاش الموصى له كل شهر وكل يوم
ما لا مقدرا مضافا الى المال الموصى مطلقا او غير مضاف الى المال غير مقدر بالثلث بمنزلة
الوصية جميع المال معنى لجواز ان يطول عمر الموصى له فتستغرق جميع ماله فالوصايا بانفاذها
من الثلث فيتوقف على اجازة الورثة كالوصية بجميع المال صورة ولفظا وعند الاجازة يقسم
عند اجتماع الوصايا بين الموصى له بجميع المال وبين الموصى له بالثلث على طريق المنازعة عند
ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما على طريق العول والمضاربة وان لم يجيزوا انقسم الثلث بينهما
على طريق العول ولا يبطل وصيته فيما زاد على الثلث في حق الضرب وان بطلت في حق الاستحقاق
وعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الثلث بينهما نصفان لبطلان وصيته فيما وراءه ضربا وكله
واستحقاقا واما اذا كانت الوصية بالنفقة الى ثلث ماله كانت بمنزلة الوصية بثلث المال فلا

فلا يتوقف على الاجازة ولا يعطى له زيادة على الثلث اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله تعالى
رجل اوصى لرجل بثلث ماله واوصى ان ينفق على فلان ما عاش في كل شهر خمسة دراهم فاجازت
الورثة فللموصى له بالثلث سدس المال ملكا ويوقف خمسة اسداسه على الموصى له بالنفقة فينفق
عليه في كل شهر خمسة ولا يعطى له لانه ما اوصى له بادرار النفقة عليه فاشبه الامر بالانفاق من ماله
في حال حياته وهذا على قياس قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى اما على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله تعالى يقسم المال بينهما ارباعا بطريق العول والمضاربة ويسلم الربع للموصى له بالثلث ويوقف
ثلث الارباع لصاحب النفقة وهذه المسئلة فرع لمسئلة ذكرها في المبسوط اذا اوصى لرجل بجميع
ماله ولاخر بثلث ماله واجازت الورثة فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى يقسم جميع المال بينهما على
ستة اسهم على سبيل المنازعة وعندهما على اربعة اسهم على طريق العول والمضاربة وما ذكر
عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى من القسمة على ستة غير منصوص عنه انما المنقول عنه انه
يقسم بطريق المنازعة فقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قياس قوله ان يقسم هكذا
لانه لا منازعة لصاحب الثلث فيما زاد على الثلث فيسلم ذلك لصاحب الجميع واستوت
منازعتهما في الثلث فيكون بينهما وقال الحسن بن زياد رحمه الله تعالى هذا خطأ والصواب
ان يقسم المال بينهما ارباعا بطريق المنازعة وبيانه انه يبدأ بقسمة الثلث فان حقهما فيه
على السوا والوصية بالثلث اقوى وقد اتفقا على شي كونهما غير فكانت البداية به اول
ثم ناتي الى الثلثين فنقول كان لصاحب الثلث سهمان من ستة وصل اليه سهم فانما
بقي من حقه سهم واحد فلا منازعة له فيما زاد على سهم وذلك ثلثة فيسلم ذلك لصاحب
الجميع بقي سهم استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما فحصل لصاحب الثلث سهم ونصف من
ستة وهو ربع المال ولصاحب الجميع اربعة ونصف وهو ثلثة ارباعه وقال شمس الائمة
السرخسي رحمه الله تعالى تخريج الحسن رحمه الله تعالى فان على ما ذكره محمد رحمه الله تعالى
يؤدي الى ان لا ينتفع صاحب الثلث بالاجازة اصلا فان عند عدم الاجازة له نصف
الثلث عند ابي حنيفة رضي الله عنه فلا منفعة له في الاجازة ومعلوم ان كل واحد منهما
ينتفع بالاجازة عند الانفراد فانهم لو اجازوا لصاحب الثلث خاصة كان الثلث بينهما
نصفين ويأخذ الثلث سدسا اخر بالاجازة يسلم له كمال حقه فكذلك عند الاجتماع ينبغي
ان ينتفع كل واحد منهما بالاجازة وذلك فيما قلنا وقيل ما ذكره الحسن رحمه الله تعالى قول
زفر رحمه الله تعالى وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان قياس قوله انه يسلم لصاحب الجميع ثلثا
المال لعدم المزاحم له فيه ثم يتضاربان في الثلث بالمزاحمة ولا يظهر اثر الخلاف فيما ذكر
لانه يؤدي الى معنى واحد وانما يظهر فيما اذا اوصى لرجل بجميع ماله ولاخر بالثلث ولاخر
بالربع فعلى قياس قول ابي يوسف رحمه الله تعالى لصاحب الجميع الثلثان ونصف السدس
بينه وبين صاحب الثلث والربع بينهم وعلى قياس قول محمد رحمه الله تعالى لصاحب الجميع
الثلثان بينهم على احد عشر لانه لا معتبر لاجازة الورثة في الثلث يضرب كل واحد منهما

كل واحد منهم بجميع حقه في الثلث فيحتاج الى حساب له ثلث وربع واقله اثنى عشر يضرب الموصى بالجميع
بثلاثة اربعة وكذا الموصى له بالثلث والموصى له بالربع فربعه ثلثة فذلك احد عشر قال محمد رحمه الله تعالى
وهذا الذي قاله ابو يوسف رحمه الله تعالى يؤدي الى ان يكون حصة صاحب الثلث عند عدم الاجازة اكثر
من حصته عند وجودها وهذا لا يصح وبيانه فيما اذا اوصى لواحد بجميع ماله ولاخر بسدسه
كان على قوله يجب ان يكون الثلث بينهما اذا لم تجز الورثة الثالث فيصيب صاحب السدس سبع
المال وصاحب الجميع ستة وعند الاجازة حصل لصاحب الجميع خمسة اسداس المال والسدس
بينهما فاصابه مع الاجازة نصف السدس ووجه التفريع ان الموصى له بالنفقة بمنزلة
الموصى بجميع المال ولاخر موصى بالثلث والمسائل التي فيها القسمة على العول والمنازعة اربعة اقسام
منها ما يقسم بطريق العول بالاجماع ومنها ما يقسم بطريق المنازعة بالاجماع ومنها ما يقسم
بطريق المنازعة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وبطريق العول والمضاربة عندهما ومنها ما يقسم
على عكس ذلك اما يقسم بطريق العول عندهم ثمانية احدها الميراث اذا اجتمع سهام الفرايض في
التركة وضاقت التركة عن الوفا بها يقسم بطريق العول والثاني اذا اجتمعت الديون المتفاوتة
في التركة وضاقت التركة عن الوفا والثالثة اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بربع ماله
ولاخر بربع ماله ولاخر بسدسه ولم يجز الورثة حتى عادت الوصايا الى الثلث والرابعة الوصية
بالمحاباة اذا اوصى ان يباع العبد الذي يساوي الفي درهم من هذا الرجل بالف درهم واوصى ان
العبد الذي قيمته ثلاثة الالف من هذا الاخر بالف درهم حتى حصلت المحاباة لهما بالفي
درهم والخامسة الوصية بالعتق اذا اوصى بان يعتق من هذا العبد نصفه واوصى بان
يعتق من الاخر ثلاثة ولا يخرج ذلك من الثلث والسادسة الوصية بالف درهم مرسلة
مع الوصية بالعين والسابعة عبد فقا عين رجل وقتل اخر خطا فدفع بهما يقسم
بينهما بطريق العول ثلثاه لولي القتيل وثلثه للاخر والثامنة مدبر جنى على هذا الوجه
ودفعت القيمة الى اولياء الجناية واما ما يقسم بطريق المنازعة عندهم مسئلة
واحدة ذكرها في الجامع فضولي باع عبدا من رجل بالف درهم وفضولي اخر باع نصفه من
اخر بخمسماية فاجاز المولى البيعين جميعا يخير المشتريان فان اختار الاخذ اخذا بطريق
المنازعة ثلاثة ارباعه المشتري الكل وربعه لمشتري النصف واما ما يقسم بطريق المنازعة
عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وبطريق العول عندهما ثلث مسائل احديها
دار تنازعا فيها رجلان احدهما يدعي كلها والاخر يدعي نصفها واقاما البينة عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى يقسم ارباعا ثلثة ارباعها المدعي الكل وربعها المدعي النصف وعندهما اثلاثا
ثلثاها المدعي الكل وثلثها المدعي والثانية اذا اوصى بجميع ماله لرجل وبنصفه لاخر
واجازت الورثة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى المال بينهما ارباعا وعندهما اثلاثا
والثالثة اذا اوصى بعبد بعينه لرجل وبنصفه لاخر وهو يخرج من ثلثه او لا يخرج واجاز

الورثة كان العبد بينهما ارباعا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اثلاثا واما ما يقسم بطريق
العول عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وبطريق المنازعة عندهما خمس مسائل احدها
ما ذكر في المأذون عبد مأذون بين رجلين ادانه احد المولين مائة يعني باع منه شيئا
وادانه اجنبي مائة فبيع العبد فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى يقسم الثمن بين الاجنبي
والمولى اثلاثا ثلثاه للاجنبي وثلثه للمولى لان ادانته تصح في نصيب شريكه لا في نصيبه
والثانية اذا ادانه اجنبي مائة واجنبي اخر خمسين يقسم الثمن بينهما اثلاثا عنده
وعندهما ارباعا والثالثة عبد قتل رجلا خطأ واخر عمدا وللمقتول عمدا ولياه
فعفى احدهما فان فداه المولى يفديه بخمسة عشر الفا خمسة الالف لشريك
العافي وعشرة الالف لولي الخطأ وان دفع يقسم بينهما اثلاثا عند ابي حنيفة رحمه
الله تعالى وعندهما ارباعا والرابعة لو كان الجاني مدبرا او ام ولد والمسألة بحالها ودفع
القيمة والخامسة ام ولد قتلت مولاها واجنبيا عمدا ولكل واحد منهما ولياه فعفى
احد وليي كل واحد منهما على التعاقب يجب عليها السعاية في ثلاثة ارباع قيمتها و
ويكون ربع القيمة للساكت من وليي الاجنبي خاصة ويقسم النصف بين الساكت من
وليي المولى والساكت من وليي الاجنبي اثلاثا بطريق العول ثلثا النصف لولي المولى وثلثه
لولي الاجنبي فيكون لولي الاجنبي سدساه ونصف سدس ولولي المولى سدساه فيصير
ثلاثة ارباع القيمة اسهم لولي الاجنبي واربعة لولي المولى وعندهما يقسم النصف بينهما
بطريق المنازعة نصف لولي المولى بلا منازعة لان ولي الاجنبي اخذ الربع فلا يدعي من هذا
النصف الا نصفه فيسلم نصفه لولي المولى واستوت منازعتهما في الربع فيكون بينهما فيصير
لكل واحد منهما ثلاثة اثمان القيمة فالاصل لابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان الحقين
ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت القسمة عولية وان ثبتا على وجه التمييز او في
وقتين مختلفين كانت القسمة نزاعية والمعنى فيه ان القياس يأبى القسمة بطريق العول لان
تفسير العول ان يضرب كل واحد منهما بجميع حقه احدهما بنصف المال والاخر بالكل والمال
الواحد لا يكون له كل ونصف اخر ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما من شاء باهلته ان الله
تعالى لم يجعل في المال الواحد ثلثين ونصفا ولا نصفين وثلثا وانما تركنا القياس في
الميراث باجماع الصحابة رضي الله عنهم فيلحق به ما كان في معناه وفي الميراث حقوق الكل
ثبت على وجه الشيوع في وقت واحد وهو حالة الموت وفي التركة اذا اجتمعت فيها حقوق
متفاوتة حقا وبالديون ثبت في وقت واحد وهو حالة الموت او المرض وكان في معنى
الميراث وكذلك في الوصايا وفي العبد والمدبر اذا فقأ عيني انسان وقتل اخر خطأ فحق اصحاب
الجناية ثبت في وقت واحد وهو وقت دفع الجاني او قيمة المدبر لان موجب جناية الخطأ لا يملك
قبل الدفع ولهذا لا يجب فيه الزكاة قبل القبض ولا يصح الكفالة به وانما يملك عند التسليم

عند التسليم ووقت الدفع واحد ثم في دعوى الدار الحق انما ثبت بالقضاء ووقت القضاء
واحد وفي بيع الفضولي وقت ثبوت الحقين مختلف لان يثبت عند الاجازة مستندا الى وقت
العقد ووقت العقد مختلف وفي القسم الرابع وقت ثبوت الحقين مختلف اما في مسألة الادانة
فلان الحق ثبت بالادانة ووقت الادانة مختلف وفي العبد اذا قتل رجلا عمدا واخر خطأ وعفى
احدهما ودفع او دفع قيمة المدبر وقت ثبوت الحقين مختلف لان حق الساكت من وليي الدم
كان في القصاص لانه في القتل والمال بدل عن القصاص ووجوب البدل بعفو فالى سبب الاصل
وهو القتل فكان وقت ثبوت حقه وقت القتل وحق
ولي الخطأ في القيمة او العبد المدفوع يثبت عند الدفع لا قبله لانه صلة معنى لا تملك
قبل القبض فكان وقت الحقين مختلفا فلم يكن في معنى الميراث فكانت القسمة نزاعية
وفي ام ولد وجوب الدية للذي لم يعف مضاف الى القتل لما قلنا والقتلان واحد في وقتين
مختلفين ولان في المسائل العولية اذا انفرد احدهما استحق جميع ما يدعيه فاذا ازدحما
ضرب بما يدعيه كالميراث والاصل عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان قسمة العين متى كانت
لحق ثابت في الذمة او لحق ثبت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل كانت القسمة
عولية ومتى وجبت قسمة العين لحق ثبت على وجه اليقين او كان حق احدهما في البعض
الشائع وحق الاخر في الكل كانت القسمة نزاعية والمعنى فيه ان الحقوق متى وجبت في
الذمة فقد استوت في القوة لان الذمة متسعة فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه
في العين وكذلك اذا كان حق كل واحد منهما في العين لكن في الجزء الشائع فقد
استوت في القوة لان ما من جزء ثبت فيه حق احدهما الا وللاخر ان يزاحمه فكانت
الحقوق مستوية في القوة والاصل في قسمة العول الميراث كما قلنا الا وثمة حق كل واحد
منهم ثبت في البعض الشائع واما اذا ثبت الحقان على وجه التمييز لم يكن في معنى الميراث
وكذا اذا كان حق احدهما في البعض الشائع وحق الاخر في الكل لم يكن في معنى الميراث
لان صاحب الكل يزاحم صاحب البعض في كل شيء اما صاحب البعض لا يزاحم صاحبه
في الكل فلم يكن في معنى الميراث ولان كل واحد منهما اذا كان في البعض الشائع
وما يأخذه كل واحد منهما بحكم القسمة غير مقرر وان غير الشائع كان المأخوذ بدل حقه
لا اصل حقه فيكون في معنى الميراث والتركة التي اجتمعت فيها الديون وفي مسائل
العفو القسمة انما وجبت لحق ثابت في الذمة لان حق كل واحد منهما في موجب الجناية
وموجب الجناية في الذمة فكانت القسمة فيها عولية انتهى واما بيان قسمة الثلث
عند عدم الاجازة على طريق العول عندهما وعدم بطلانها في حق الضرب والقسمة بين
نصفين عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وبطلانها في حق الضرب الا في خمس مسائل احدها
العتق الموقع في المرض وهو ان يعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفان وثلث

ماله الف ولم يجز الورثة يضرب كل واحد منهما بجميع حقه والثاني العتق المعلق بالموت
او الموصى باعتاقه والرابعة المحاباة اذا باع عبدا قيمته الفان بالف وثلث ماله الف ولم يجز
الورثة يضرب كل واحد منهما بالجميع وصيته والخامسة الوصية المرسلة مثل ان يوصى
لرجل بالف ولآخر بالفين وثلث ماله الف ولم يجز الورثة يضرب كل واحد منهما
بجميع وصيته واجمعوا انه اذا لم يجاوز وصية كل واحد منهما الثلث بانفرادها وجاوزت
الثلث بمجموعها يضرب كل واحد منهم بجميع وصيته لهما ان بطلان الوصية فيما زاد
على الثلث لدفع الضرر عن الورثة ولهذا يجوز باجازتهم وضررهم في الاستحقاق لا
في الضرب ولان المال اذا انضاق عن الحقوق فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه كا
كاصحاب العول والغرماء ولهذا لان الميت قصد التفضيل بينهم فلو رددنا
من زادت وصيته على الثلث الى الثلث لسوينا بينهم وانه بخلاف قصد
الميت وبضربه والدليل عليه المسائل المستثناة على قوله واجماع الوصايا اذا لم
تزد كل واحدة على الثلث ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الضرب يبتنى الاستحقاق
فاذا بطل في حق الاستحقاق بطل في حق الضرب لاظهار وقدر المستحق ولان
الوصية بما زاد على الثلث كانت موقوفة على اجازة الورثة فاذا ردوها بطلت
من الاصل كان لم تكن كسائر التصرفات الموقوفة اذا رد من توقف على اجازته
فصارت مفسوخة بيقين فجعل كانه اوصى لكل واحد منهم بالثلث وبيانه انها
مفسوخة بيقين انه لا ينفذ بحال من الاحوال حتى انه لو ظهر للميت مال ما تنفذ
هذه الوصية اعني الزيادة على الثلث لا يلزم على ما ذكرنا اذا اوصى لاحدهما بالثلث ولا
ولآخر بالسدس ولم يجز الورثة لان كل واحد منهما وقع في محله ولهذا لا يتوقف
احدهما عند الانفراد على الاجازة فلم يكن احدهما منفسخة الا ان عند الاجتماع
ظهرت الزيادة والرد فيهما فيقسم بينهما على قدر حقهما بخلاف الوصية المرسلة
والعتق وغيرهما لان ثمة الوصية غير مفسوخة بيقين لجواز ان يظهر له مال
آخر فتجوز الوصية لهما ولان الوصية بمال مرسل بمنزلة الدين ولهذا لا يزداد
بزيادة المال ولا ينتقص بنقصانه الا انه قد لا يمكن التنفيذ في الكل لضيق المحل
كما لا يمكن قضاء جميع الدين عند ضيق التركة فيضرب كل واحد بجميع حقه
كاصحاب الديون وكذا الوصية بالمحاباة والاعتاق والوصية بدراهم بمنزلة
الوصية بالف مرسلة لانه لا يزداد بزيادة المال ولا ينقص بنقصانه وانه
وصية بمال مقدر وهو قدر المحاباة والسعاية في ذمة العبد وهذا لان
الموصى يملك الوصية ويملك ابطال الوصية بالرجوع فمتى استحق غيره
من جهة من استحقت عليه بطلت وصيته فيما استحق عليه بطلت وصيته

وصيته فيما استحق عليه فلا يجوز ان يضرب فيما استحق عليه بخلاف ارباب
الديون لا يبطل بسبب من استحق عليه وكذلك اصحاب العول لا تبطل
سهامهم من جهة الميت وبخلاف العتق لانه لا يقبل الابطال وبخلاف الالف
المرسلة لانه لم يصر مستحقا لعدم اجتماعهما في محل واحد لان الوصية بالف مرسلة
وغيرها لا تعرض لحق الورثة اولا تصادف حقهم لفظا فصح اللفظ من غير توقف
اما الوصية بما زاد على الثلث تعرض لحق الورثة لفظا فلا تظهر مطلقا وهذا لان من يدلي
بحق صحيح بسبب صحيح قوي يكون اقوى ممن يدلي بسبب ضعيف والسبب الذي
لا يفيد الحكم بنفسه اضعف من الذي يفيد الحكم بنفسه الا ترى ان الهبة لما لم يتعلق
الاستحقاق بها حتى ينضم اليه معنى آخر وهو القبض والعرض يكون اضعف من يتعلق
به الاستحقاق بنفسه وهو البيع والوصية بقدر الثلث وصية قوية من غير انضمام
شيء آخر والوصية بما زاد على الثلث ضعيف لا ينفذ الا بانضمام الاجازة فلو سوينا
بينهما في المضاربة بجميع كل واحد منهما لسوينا بين النصيب الضعيف والقوي
وانه لا يجوز ولا يلزم الدراهم المرسلة ونحوها لانها غير متعلقة بعين التركة و
يجوز ان تستحق بغير اجازة الزيادة المال فان قيل هذا يبطل بما قال ابو حنيفة و
رحمه الله تعالى فيمن اوصى بعين من تركته قيمتها اكثر من الثلث لم يضرب الموصى
فيها الا بقدر الثلث وان جاز ان يخرج من الثلث زيادة المال قلنا هذا وصية
بعين تعلق بها حق الورثة وتعرضت لابطال حقهم فهي كالوصية بما زاد على الثلث
اما الوصية بالف مرسلة لا تتعلق بعين التركة الا ترى انه لو هلكت التركة واستفاد
مالا آخر لم يبطل الوصية ويجب تنفيذها فدل انها لا تتعلق بالاعيان التي يتعلق
بها حق الورثة في تلك المسئلة لو هلكت التركة واستفاد مثلها بطلت الوصية
فدل انها تعلقت بعين التركة اذا ثبت هذه الاموال فنقول اذا قسم في مسئلة اعلى
ستة او على اربعة ومات الموصى له بالنفقة قبل الاستكمال ما وقف لاجله يكمل وصية
الموصى له بالثلث مما بقي منه ويرد الباقي على الورثة وانما يعتبر ثلث جميع المال يوم
موت الموصى لان وصيته حصلت بالثلث وانما انتقصت لمزاحمة الموصى له وقد
زالت المزاحمة فيكمل حقه وما بقي للورثة لانه مال الميت وقد خلا عن الدين
والوصية فرق بين هذه المسئلة وبينهما الوادي رجلان شريا دارا من رجل ادعى كل واحد
منهما انه اشترى كلها منه واقاما البينة وقضى القاضي بالدار بينهما نصفين ثم ان
احدهما رد ما وصل اليه بعيب او خيار رؤية فانه لا يكمل حق الآخر وكذا لو ان بيعت
ولها شفيعان وطلبا الشفعة وقضى بينهما ثم رد احدهما ما قضى له به لا يكمل حق
الآخر لانه ثمة لما قضى القاضي بالدار بينهما فقد ابطل حق كل واحد منهما في نصفها لان الشرا

بين على الكمال لا يتصور اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة وكذلك الملاك فمن
القضي بالملك بحكم الشرى جنهما ان يصير كل واحد منهما مقضيا عليه بابطال
الملك في النصف وكذا في الشفعة اما الوصيتين يتصور اجتماعهما في محل واحد اذ لا
تنافي بينهما لما عرف انه عقد استخلاف الا انهما اذا اجتمعتا تزاحما لضيق المحل
فمتى زال المزاحم كمل حقه ضرورة ولان في الوصية القاضي لا يقضي لصاحب النفقة
بالكل ولهذا لا يدفع اليه لكن تركه موقوفا لحقه فاذا زال حقه توفر حق الاخر وروى
عن ابي يوسف رحمة الله تعالى انه قال لا توقف خمسة اسداس المال ولا ثلثة ارباعه
وانما يوقف بقدر ما يعلم ان مثله يعيش الى تلك المدة في الغالب ويرد الباقي الى الورثة الا ان
هذا ليس بصحيح لان ذلك غير معلوم لطول العمر وقصره وربما يهلك شيء مما وقفنا
فيحتاج الى الاسترداد من الورثة فتوقفنا الكل قصدا للمسافة هذا اذا اجازة الورثة
وان لم يجيزوا ولم ينفذ وصيتهما الا بقدر الثلث ثم يقسم الثلث بينهما نصفين عند ابي حنيفة
رحمة الله تعالى وعندهما يقسم الثلث بينهما ارباعا لبقاء الوصية بالنفقة في الكل في حق
الضرب عندهما وبطلانها عنده كما ذكرنا على ما ذكرنا فان مات الموصى له بالنفقة قبل
استكمال نصف الثلث عنده او ثلاثة ارباعه عندهما يصرف ما بقي منه الى الموصى له بالثلث
تكميلا لحقه بقدر الامكان وسوا اضاف الوصية بالنفقة الى المال والى ماله او لم يضف لان
ماله مذكور بدلالة الحال هذا اذا كانت الوصية بالنفقة مطلقة غير مضافة الى الثلث
فان كانت مضافة الى الثلث بان اوصى لرجل بثلث ماله واوصى لاخر وقال اوصيت
بان ينفق على فلان كل شهر كذا ما عاش من ثلث مالي فان اجازت الورثة فلصاحب
ثلث المال ملكا ويوقف على الموصى له بالنفقة ثلث المال فينفق عليه كل شهر ما سمى له الموصي
لان الموصى له بالنفقة موصى له بثلث المال وكذلك الاخر ومن اوصى لاثنين لكل واحد
منهما بثلث ماله واجازة الورثة تقسم التركة بين الورثة والموصى لهما اثلاثا ثلثاها
للموصى لهما لكل واحد منهما الثلث وثلثها كذلك هنا فان مات الموصى له بالنفقة
قبل ان يستكمل الثلث فما بقي للورثة لانه مال الميت وقد فرغ عن الدين لان الموصى
له بالثلث استوفى كمال وصيته هذا اذا اجازة الورثة وان لم يجيزوا فللموصى
له بالثلث سدس المال ملكا ويوقف السدس على الموصى له بالنفقة لان الثلث يقسم
بينهما بالاجماع لان وصية احدهما لا تتجاوز محل الوصية وهو الثلث فاستويا في القوة
فان مات الموصى له بالنفقة وبقي شيء فهو للموصى له بالثلث لانه لم يستوف كمال حقه للمزاحمة
وقد زالت ولو اوصى لرجل بثلث ماله واوصى بان ينفق على فلان كل شهر عشرة
دراهم ما عاش او زاد فقال على كل واحد منهما خمسة فهما سواء لان قوله على كل واحد منهما
خمسة لا يفيد الا ما افاده قوله عليهما عشرة فلا يتوقف حكم الايجاب لهما ولا يجعل الوصية

الوصية متفرقة بخلاف تسمية الثمن في البيع لان العاقد في احد الجانبين متعدد فجاز
ان يجعل عقدين لاختلاف التسمية لغلبة جهة التعدد وهنا العاقد في الوصية واحد
وهو الموصي لان الوصية تقوم به والعقد يقوم بالعاقد فيتحد باتحاده ضرورة والجواب
في هذه المسئلة وما اذا كان الموصى له بالنفقة واحدا سوا لان المزاحمة للموصى له بالثلث
انما تزداد بزيادة الوصية له وهنا الوصية واحدة لانه اوصى لهما بجميع المال حين اوصى
لهما كل شهر بنفقة عشرة فكانت القسمة عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى بطريق المنازعة
عند الاجازة على ستة للموصى له بالثلث وتوقف خمسة الاسداس لنفقتهما وان لم يجيزوا
فنصف الثلث للموصى له بالثلث ويوقف نصف الثلث للنفقة وان ماتا يكمل وصية
الموصى له بالثلث كما لو كان الموصى له بالنفقة واحدا على ما ذكرنا وان مات احدهما لا يرد
شيء على الموصى له بالثلث ولكن يوقف وينفق على صاحبه لان مزاحمة الموصى له بالثلث
من قبلهما ليس لذاتهما بل لوصيتهما فما دام احدهما باقيا كانت الوصية قائمة فتكون
المزاحمة باقية الا ترى انه لو لم يكن في الابتدا الا احدهما كانت القسمة على ما ذكرنا فكذا
اذا هلك احدهما وبقي الاخر وكذلك عندهما الا ان عندهما يقسم جميع المال عند الاجازة
اوثلاثة عند عدم الاجازة على اربعة بطريق العول كما لو كان الموصى له بالنفقة واحدا
ولو فرق الوصية بالنفقة قال اوصيت بان ينفق على فلان خمسة دراهم كل شهر ما عاش
واوصيت بان ينفق على فلان اخر كل شهر خمسة ما عاش واوصى لاخر بثلث ماله فان
لم يجز الورثة عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى يقسم الثلث بينهم اثلاثا على سبيل
المنازعة لان الموصى له بالثلث موصى له بثلث المال والموصى لهما بالنفقة كل واحد منهما
موصى له بجميع المال وقد ردت الى الثلث لعدم الاجازة فاستوت منازعتهم في
الثلث فيكون بينهم على ثلثة فرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة المتقدمة فان
ثمة عند عدم الاجازة يقسم الثلث بينهما نصفين وان كان الموصى لهما بالنفقة اثنين
والفرق ان المزاحمة انما تزداد بزيادة الوصية لا بزيادة الموصى له وثمة اوصى
لهما بجميع المال وصية واحدة فلم يتكرر الوصية فهنا كرر لفظة الوصية فاجتمع في
الثلث ثلث وصايا وصية بالثلث ووصيتان كل واحد منهما بجميع المال وقد
ردت الى الثلث فيصير الثلث على ثلثة فيحتاج الحساب لثلث ولثلاثة ثلث
واقله تسعة سهم للموصى له بالثلث ويوقف لكل واحد منهما سهم وستة للورثة فان مات الموصى
لهما بالنفقة يرد ما بقي منهما الى الموصى له بالثلث تكميلا لوصيته وان مات احدهما وبقي
وقف لشيء يقسم ما بقي منه بين الموصى له بالثلث والموصى له الاخر بالنفقة نصفين لاستوا
حقهما في الثلث ولم يوقف حقهما هنا ما بقي من الميت على الاخر لان هنا ايجابهما مختلف
فكانا وصيتين فدخلت المزاحمة من قبل كل واحد الا ترى انه لا يستحق اكثر من التسع
لان المزاحمة واقعة عليه من كل واحد منهما من جهة الميت فجاز ان يزداد حقه بموته

بخلاف ما اذا جمع بينهما في الوصية لانهما بمنزلة شخص واحد الا ترى انه لو لم يكن الا احدهما
كان للموصى له بالثلث السدس عند الاجازة وعدمها كما لو كانا اثنين وان اجازت الورثة يقسم
جميع المال على تسعة ايضا لان القسمة بطريق المنازعة عنده واستوت منازعتهم بالثلث
فيكون بينهم والباقي بين الموصى لهما بالنفقة نصفين لكل واحد منهما اربعة فيحصل للموصى
له بالثلث سهم من تسعة فيدفع اليه ولكل واحد من الباقين اربعة فان ماتا قبل استكمال
اربعة بكمل وصية الموصى له بالثلث ويرد الباقي الى الورثة فان مات احدهما وبقي منه شيء
يقسم بين الموصى له الآخر بالنفقة والموصى له بالثلث على خمسة اسهم سهم للموصى له بالثلث
واربعة توقف للموصى له بالنفقة على حقهما في الاصل هكذا ذكر في بعض النسخ وذكر في بعضها
انه يقسم بينهما على ستة على قدر حقهما كما لو كان الموصى له بالنفقة واحدا في الاصل لان الموقوف
باق على ملك الميت على ما ذكرنا فكان في الباقي هذا ابتداء القسمة على ما ذكرنا وعند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله تعالى عند الاجازة يقسم المال بينهم على طريق العول اسباعا سبعة للموصى
له بالثلث يدفع اليه ويوقف لكل واحد منهما ثلاثة اسباعه لان الموصى له بالثلث يضرب
بثلث المال سهم من ثلاثة وكل واحد منهما يضرب بجميعه ثلاثة فيضرب سبعة فان ماتا
يكمل وصية الموصى له بالثلث والباقي للورثة وان مات احدهما يقسم ما بقي منه بين الموصى
له الاخر بالنفقة والموصى له بالثلث على اربعة لان الباقي يقسم بينهما على طريق العول على
قدر حقهما في الاصل وان لم يجيزوا يقسم الثلث على سبعة ايضا لان الوصية فيما زاد
على الثلث لا تبطل في حق الضرب بعدم الاجازة عندهما فان ماتا يصرف ما بقي منهما
الى الموصى له بالثلث وان مات احدهما يقسم ما بقي بينهما ارباعا والله تعالى اعلم ولو اوصى بان
ينفق على فلان كل شهر خمسة دراهم ما عاش واوصى بان ينفق على فلان وفلان عشرة
دراهم كل شهر ما عاشا على كل واحد منهما خمسة او لم يقل هذه الزيادة فاذا اجازت الورثة
يقسم المال بين الموصى له بالنفقة بخمسة وبينهما نصفين فيوقف النصف على صاحب الخمسة
والنصف على صاحب العشرة لان الموصى له بالنفقة بخمسة موصى له بجميع المال وصية
واحدة والموصى لهما بالنفقة بعشرة موصى لهما بجميع المال لهما وصية واحدة على ما ذكرنا
فيقسم المال بينهما نصفين عندهم جميعا لاتحاد الايجاب الا ترى انه لو اوصى لرجلين
بجميع المال ولآخر بجميع المال فان المال عند الاجازة والثلث عند عدمها يجعل نصفين نصف
للفرد ونصف للمجموع وكذا لو اوصى لرجلين بالف درهم ولرجل بالف درهم ولم يترك الا
الفا يقسم المال عند الاجازة والثلث عند عدم الاجازة نصفين فكذا هذا وان مات
صاحب الخمسة وبقي منه شيء يوقف ما بقي منه لصاحب العشرة لانه انما انتقص حقهما بسبب
المزاحمة وقد زالت وان مات احد صاحب العشرة ولم يمت صاحب الخمسة يوقف ما بقي
على شريكه في العشرة ولا شيء لصاحب الخمسة لان حق الموصى له بخمسة انما انتقص مع
قبل الوصية لهما بجميع المال لا تبعد وهما وقد بقيت الوصية بجميع المال ببقاء احدهما

احدهما كما لو كان منفردا في الابتداء وان مات الاخر وبقي منه شيء يوقف ما بقي منه على صاحب
الخمسة لزوال المزاحم وان مات صاحب الخمسة يرد ما بقي على الورثة وان لم يجز الورثة يقسم
الثلث ويوقف نصف الثلث للمفرد والنصف لهما وحكم الموت ما ذكرنا في الكل عند
الاجازة بالاجماع لاستواء الحقين ولو فرق في الوصية فقال اوصيت بان ينفق على فلان
كل شهر خمسة دراهم واوصيت بان ينفق على فلان اخر كل شهر خمسة دراهم وقال للثالث
مثل ذلك فان اجازت الورثة يقسم جميع ماله ثلثة اسهم فيوقف لكل واحد منهم بالاجماع
لانه اوصى لثلاثة لكل واحد منهم بجميع ماله فان مات احدهم يوقف نصيبه على الاخرين
وان مات اخر يوقف نصيبه على الباقي وان لم يجيزوا قسم الثلث بينهم بالاجماع مع
اختلاف التخريجين وحكم الموت ما ذكرنا بخلاف المسئلة الاولى لان ثمة جمع بين اثنين
في الوصية فيصير لا منزلة شخص واحد لما مر ولو اوصى بان ينفق من ثلثه على فلان
في كل شهر اربعة دراهم ما عاش واوصى بان ينفق على فلان وفلان كل شهر عشرة دراهم
من ثلثه ما عاشا فان اجازت الورثة يقسم المال اثلاثا بالاجماع ثلثه للورثة وثلثه
يوقف للموصى له بالاربعة فينفق عليه وثلثه يوقف لصاحبي العشرة فينفق عليهما لانه
اوصى بوصيتين لكل واحد منهما بثلث المال لان الموصى لهما بالعشرة كشخص واحد ولا تنافي
بين الوصيتين لان في المال سعة فلا يكون لاحدهما رجوعا عن الاخر وايشركا بينهما
كما لو اوصى لرجلين لكل واحد منهما بثلث المال واجازت الورثة ولا فرق بين ان يكون
وصية المفرد باربعة او خمسة او اقل او اكثر لان الاربعة قد تستغرق ثلث المال كالخمسة
فان مات المفرد فما بقي منه للورثة ولا يوقف للموصى لهما بالعشرة لانه وصل اليهما
كمال حقهما فلو مات احد صاحبي العشرة يوقف نصيبه على شريكه لما ذكرنا ان الوصية بقيت
ببقاء احدهما فان مات الاخر يرد ما بقي الى الورثة ولا يوقف على المفرد وان لم يجز الورثة
يقسم الثلث نصفين نصفه يوقف على المفرد ونصفه على الاخرين بالاجماع فان مات الموصى
له باربعة يوقف ما بقي منه على الاخرين لزوال المزاحمة لان حقهما انما انتقص على الثلث لمزاحمته
وقد زالت وان مات احد صاحبي العشرة يوقف ما بقي منه على صاحبه لا على صاحب الاربعة
لانهما كشخص واحد لما قلنا وان مات الاخرين يرد ما بقي منه على الموصى له باربعة ولو فرق
في الوصية كان جميع المال بينهم اثلاثا ان اجازة الورثة ولا شيء للورثة لانه اوصى بثلاث
وصايا لكل واحد بثلث المال وان لم يجيزوا فالثلث بينهم اثلاثا على اختلاف التخريجين و
حكم الموت ما ذكرنا ولو قال اوصيت بثلث لفلان يوقف وينفق عليه كل شهر منه ما عاش
اربعة دراهم وقد اوصيت بثلثي لفلان وفلان يوقف وينفق عليهما كل شهر منه عشرة دراهم
ما عاشا لكل واحد خمسة او لم يذكر هذه الزيادة فان اجازت الورثة قسم المال بين الورثة وبينهم
اثلاثا ثلثه للورثة وثلثه لصاحب الاربعة ويكون ملكا له يعمل به ما شاء وثلثه لصاحبي

العشرة بينهما ملكا لهما ولا يوقف قليل ولا كثير ومن مات منهم فنصيبه ميراث للورثة
لانه اوصى بوصيتين كل وصية بثلث جميع المال وصية تمليك لا وصية انفاق لانه اضاف
الوصية الى كل واحد منهم بلام التمليك الا ترى انه لو اقتصر على قوله اوصيت بثلث مالي
لفلان واوصيت بثلث مالي لفلان وفلان كان تمليكا وقوله يوقف وينفق محتمل
يحتمل ان يكون معنى قوله يوقف على ملكي وينفق عليه فيكون هذا ابتداء وصية انفاق ويحتمل
ان يكون رجوعها بان يكون معنى قوله يوقف اي يوقف على ملك الموصى فلا يكون رجوعا عن
الوصية وقوله ينفق عليه تكون مستورة في ملك الغير لانه ذكر قوله يوقف ولم يبين
من يوقف عليه فكان محتملا فلا يثبت الرجوع بالشك وصار كما لو اوصى له بثوب
ليلبس او بطعام ليأكل الا ترى انه لو قال لغيره وهبت لك هذه العشرة دراهم تشتري
بها ثوبا كانت العشرة له وله الخيار ان شا اشترى بها ثوبا وان شا اشترى بها غيره او يهبها
من غيره وكذلك ان وهب له دارا يسكنها او دابة يركبها كان ذلك للموهوب له يصنع
به ما شا وان لم يجز الورثة فلصاحب الاربعة نصف الثلث وللآخرين نصف الثلث
بينهما بالاجماع لانه اجتمع في الثلث وصيتان على السوا فيقسم بينهما نصفين وكذلك لو قال
اوصيت بثلثي لفلان ينفق عليه اربعة دراهم كل شهر واوصيت بثلثي لفلان وفلان ينفق على
فلان منه خمسة دراهم كل شهر وعلى فلان منه ثلثة دراهم كل شهر فاجازت الورثة اخذ صاحب
الاربعة ثلث جميع المال واخذ صاحب الخمسة والثلاثة ثلث المال بينهما يعملون به ما بدا لهم لانه
اوصى بوصيتين كل وصية بثلث جميع المال وصية تمليك لما قلنا وان لم يجز الورثة فلصاحب
الاربعة نصف الثلث وللآخرين نصف الثلث ومن مات منهم فنصيبه ميراث لورثته
لما قلنا والله اعلم وفي المبسوط لو اوصى بان ينفق على فلان اربعة كل شهر من عرض
ماله وعلى آخر خمسة كل شهر من غلة البستان ولا مال له غير البستان فثلث البستان
بينهما نصفين تباع ثلث غلة البستان لكل واحد منهما فيوقف ثمنه على يد الوصي او على
يد ثقة ان لم يكن وصي وينفق على كل واحد منهما من نصيبه ما سمى له لان الوصية بانفاق
اربعة وصية بالجميع وكذلك الوصية بانفاق خمسة وكذلك الوصية بانفاق درهم ولا
عبرة للاقل والاكثر لانه يجوز ان يعيش صاحب الاكثر فلما كانت وصيتهما سوا كان الثلث
بينهما لكل واحد منهما السدس لانه اوصى لاحدهما بان ينفق عليه كل شهر اربعة من عرض
ماله والبستان ماله ولا يسلم اليهما لكن يوضع على يد الوصي او يد ثقة لانه امر بالانفاق
عليهما لا بدفع المال اليهما فان ماتا وقد بقي شيء من المال رد على ورثة الموصى وصيته قد
بطلت بموته وكذا لو قال ينفق على فلان اربعة وعلى فلان وفلان خمسة حبس السدس
على المفرد والسدس على المجموعين ولو اوصى بعشرين درهما من غلة بستانه كل سنة لرجل
فاغل سنة قليلا وسنة كثيرا فله ثلث الغلة يحبس وينفق عليه كل سنة من ذلك

من ذلك عشرين درهما لان الوصية بعشرين درهما من غلته وصية له بجميع الغلة لا يجوز ان تمتد
عمره فيستوفي ذلك كله فلذلك صار ثلثه ويحبس عليه حتى ينفق عليه كل سنة عشرين درهما الى
يموت والله اعلم وفي العيون قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى في رجل اوصى لمملوك الرجل ان ينفق عليه
كل شهر عشرة دراهم انه جائز ويدور مع المملوك حيث دار ان بيع او اعتق وكذلك قول محمد رحمه الله
وان صالح مولاه عن ذلك واجاز العبد فهو جائز وان اعتق العبد قبل ان يجيز اجاز بعد العتق فا
فاجازته باطلة لان لحصته لا يدري ما هي لان العبد لا ملك له فالوصية بالانفاق عليه تكون
وصية لمولاه في حالة الرق وبعد البيع لم يستقر عليه ملك العبد لان ما ينفق على مملوكه يكون له
وبعد العتق يكون وصية للعبد لانه ثبت له اهلية الملك وصلح المولى انما يصح في حق نفسه
لان حقه في الحال ثابت وانما نعتبر اجازة العبد لان الحق يؤول اليه بعد العتق ويعتبر الاجازة
في حالة الرق لان ابتداء الحق يثبت عقيب العتق بلا فصل ولو اوصى لفرس فلان ينفق
عليه كل شهر عشرة دراهم قال هذا جائز الوصية والوصية لصاحب الفرس فاذا نفق
الفرس او باعه يطلب الوصية لان هذه وصية لصاحب الفرس من كل وجه اذ الفرس
مملوك له وليس له حالة مالكية بخلاف فان له حالة مالكية والله سبحانه وتعالى اعلم

باب من الوصايا التي تكون رجوعا والتي لا تكون رجوعا

اصل الباب ما ذكرنا ان الموصي يملك الرجوع عن الوصية لان الوصية انما تعمل عند الموت فكان
الرجوع امتناعا فيملكه الموصي ووقف الوصية بالربا والحرمة لا يكون رجوعا لانه مما لا يتصف
به الوصية لا قبل الرجوع ولا بعده فيكون لغوا ووصفها بالبطلان يكون رجوعا لانه توصف
به يقال بطلت وصية فلان لانه رجع عنها فصح الوصف فيثبت ما في ضمنه والاشهاد على انه
لم يوص ليس برجوع في هذه الرواية وهو رجوع في رواية المبسوط وجحودها رجوع هكذا ذكر
في المبسوط لما نذكر ونقل الوصية من الموصى له الى غيره ان كان الثاني اهلا للاستحقاق
عند النقل ويطلق عليه الاسم الذي ذكره الموصي عند النقل اليه يكون رجوعا ويبطل الاول
ويثبت الثاني وان لم يكن اهلا للاستحقاق او كان اهلا ولا يجوز اطلاق الاسم عليه لا يكون
نقلا وبقيت الاولى فان اطلق عليه الاسم عند الموت وان عطف شخصا آخر على الاول فان
كان الثاني اهلا للاستحقاق تثبت المشاركة بينهما ويكون رجوعا عن النصف الاول حتى
لو مات الثاني قبل موت الموصي لم يستحق الاول الا نصفه ونصفه مردود الى الورثة لان الوصية
تمليك بعد الموت وقد مات هو قبل الملك كما لو كان هو وحده ويكون للحي نصفه لان الاضافة
اليهما صحت وكان لكل واحد منهما نصف الثلث فلا يزاد حقه بموته كما لو اوصى لهما دفعة
واحدة وان لم يكن الثاني اهلا للاستحقاق بقيت الوصية الاولى بحالها لانه لغا ذكر الثاني
اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله تعالى رجل اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال اشهدوا اني لم اوص
لفلان بشيء ثم مات ثم ادعى الموصى له الوصية واقام البينة عليها واقام الوارث البينة على قوله
اشهدوا اني لم اوص له بشيء يقضى بوصيته ولا يكون هذا رجوعا لان هذا ليس برجوع وصفا

فلو ثبت الرجوع انما يثبت في ضمن هذا القول وهو قول باطل لانه كذب فلا يثبت في ضمنه
شيء لان ثبوت المتضمن انما يكون بعد صحة المتضمن ولهذا لو ادعى الفا فشهدا بخمسمائة
تقبل لان الدعوى صحت وهذا يتوجه الجواب على الخصم فتضمنت خمسمائة اما لو ادعى خمسمائة
فشهدا بالف لا تقبل الا بعد التوفيق لان الشهادة انما تصح بما دخل تحت الدعوى فلم يصح
المتضمن فلا يثبت المتضمن وذكر في الوصايا من المبسوط اذا جحد الوصية وقال لم اوص
بشيء فهو رجوع واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى منهم من قال انما اختلف الجواب لاختلاف
الموضوع وضع المسئلة في الجامع فيما اذا قال اشهدوا انه امر بالكذب فيبطل لا يتعلق
حكم وفي المبسوط وضع فيما اذا قال لم اوص وانه جحود فيكون فسخا ورجوعا كما ذكر ومنهم
من قال في المسئلة روايتان ومنهم من قال ما ذكر في الجامع جواب القياس وما ذكر في الوصايا
جواب الاستحسان قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى وهو الصحيح ويجب ان يكون الجواب في
جحود احد الشريكين بحضرة من صاحبه وجحود المودع الوديعة بحضرة من صاحب الوديعة
وجحود المتبايعين البيع اما على الروايتين او على القياس والاستحسان وقال شيخ الاسلام
علي الاسبيجابي رحمه الله تعالى قيل الصحيح انه فسخ باتفاق الروايات لانه بالانكار قصد
ان لا يكون ذلك الشيء فيجب ان يجري على موجب قصده ما امكن ولهذا جعل الجحود في الوديعة والشركة
فسخا لكن انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع وضع في الجامع فيما اذا جحد بعينه الموصى له
وفي المبسوط وضع انه مخاطبة والفسخ لا يصح الا بحضرة العاقدين وجه القياس على ما ذكره
الصدر الشهيد رحمه الله تعالى ان قوله لم اوص بها لفلان وقد اوصى كذب محض والكذب لا يتعلق
به حكم فيجعل وجوده وعدمه بمنزلة وجه الاستحسان ان الجحود وان كان كذبا محضا الا انه يصلح
كناية عن الفسخ لان بين الجحود والفسخ موافقة في المعنى الخاص فان الجحود مما ينفي العقد في
الماضي والمستقبل والفسخ انما ينفي العقد في المستقبل فكان بينهما موافقة في المعنى الخاص
فاذا تعذر العمل بحقيقته يجعل كناية عن الفسخ فصار قوله لم اوص بمنزلة قوله فسخت
وصيت فلان ولو نص على ذلك صح لان الموصي يملك الرجوع عن الوصية وينفرد به فصار
كالوكيل اذا جحد الوكالة والمودع اذا جحد الوديعة والمتبايعان اذا جحدا البيع بخلاف ما اذا
قال لامرأته لم اتزوجك لانه يتعذر ان يجعل كناية عن الفسخ لان النكاح بعد تمامه لا يحتمل
الفسخ ولهذا لو تفاسخا لا ينفسخ ويتعذر ان يجعل كناية عن الطلاق لانه ليس بينهما
مشابهة لان الجحود ينفي العقد والطلاق قطعا لا ينفي النكاح وانما يقطع ملك النكاح
لا النكاح ولهذا لا يسقط شيء من المهر اذا كان بعد الدخول بخلاف ما لو قال لا نكاح بيني
وبينك او لست لي بامرأة ونوى الطلاق لانه نوى اضمار الطلاق كانه قال لا نكاح بيني
وبينك او لست لي بامرأة لاني طلقتك لانه لو صرح استقام فكذلك اذا اضمر وههنا لا
لا يصح الاظهار فانه لو قال لم اتزوجك او ما تزوجتك لاني طلقتك لا يصح فلا يمكن الاضمار
ايضا وايضا وهو وجه من قال انه رجوع فيهما ومن قال بانه ليس برجوع فيهما قال الوصية وجحو

وجوبها بالموت ولم يجب في الحال بدليل يعتبر الرد والقبول بعد الوفاة لا في حالة الحيوة ويعتبر
المال عند الموت لا عند الوصية فاذا قال لم اوص له بشيء فهو صادق في مقالته على معنى انه لم يوجب
له الوصية بعد فاذا كان صادقا لا يجعل رجوعا قال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى عندي ان
في المسئلة اختلافا لانه روي عن المعلى بن منصور رحمه الله تعالى انه قال سألت ابا يوسف رحمه
الله تعالى عن رجل اوصى ثم عرضت عليه من الغد فقال لا اعرف هذه الوصية قال هذا رجوع وكذلك
لو قال لم اوص بهذه الوصية قال وسألت محمدا رحمه الله تعالى عن ذلك فقال لا يكون الجحود رجوعا فالذي
قال في الوصايا قول ابي يوسف رحمه الله تعالى والذي قال في الجامع قول محمد رحمه الله تعالى ان الرجوع
اثبات الوصية فيما مضى وابطالها في الحال والجحود نفي لاصل العقد والفسخ يقتضي وجوده سابقا
فكان بينهما مضادة فلا يصح استعمال احدهما في الاخر ولهذا لا يجعل جحود النكاح طلاقا ولابي
يوسف رحمه الله تعالى ان الجاحد ناف للوصية في الحال وفيما مضى والرجوع نفي لها في الحال واذا
نفاها في الحالين اولى ان يكون رجوعا ولهذا قلنا ان المرتد اذا جحد الردة لان توبته لان التوبة
نفي الكفر في الحال فاذا نفاه في الحالين فيما كان اولى وهذا لان الجحود بمنزلة الحال العام لانه يقتضي
النفي في الماضي والمستقبل على العموم فجاز استعماله فيما يقتضي العدم في زمان واحد لانه بمنزلة الخاص
ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي حرام عليه او فهي ربوا لم يكن هذا رجوعا فرق
بين هذا وبين ما اذا قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي باطلة فان هذا يكون رجوعا
والفرق ان قوله فهي باطل وصف والوصية مما يتصف بها بعد الرجوع فانه وصف الوصية
بكونها باطلة والوصية بعد الرجوع والفسخ توصف بكونها باطلة فانه يقول الموصي تلك
وصية فلان باطلة لاني رجعت عنها فيصح هذا الوصف وانما يصح اذا بطلت بالرجوع
عنها اما قوله فهو حرام عليه او فهي ربوا وصف الوصية بكونها حراما او ربا والوصية لا تكون
حراما ولا ربوا فلغا هذا الوصف فصار بمنزلة ما لو قال كل وصية اوصيت بها فهي ما او صح
وهذا لان الحرام والربوا يجامع الوصية ويبقى مع بقائها الا ترى انه قد يوصي بمال
حرام وبما دخل فيه الربوا فتصح الوصية وهو ربوا ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان
وارثي فهو رجوع وهي للوارث ان اجازة الورثة وان لم يجيزوا فهو ميراث لانه لما قال لفلان
وارثي فقد نقل جميع ذلك الى الوارث وصح النقل لان الوصية للوارث صحيحة الا انها تتو
قف على اجازة الورثة وكانت الوصية للوارث بثلث ماله بمنزلة الوصية للاجنبي بجميع
ماله ومتى صار نافذا لا يبقى للاول فكان رجوعا عن الوصية لفلان فبطلت وصيته اجازت
الورثة الثاني او لم يجيزوا لان بالرد يبطل في الحال الا ان يظهر بطلانها من الاصل فبقي الرجوع
في ضمن ما قال معتبرا الا ترى انه في الحقيقة اخذ بتصرف في ابطال حق الاول فبطل منه ما يلاقي
حق الورثة وبقي منه ما هو مقرر لحقهم لانه ينفرد بالثاني انه لم ينفرد بالاول ولو قال الوصية بها لفلان
فهي لعمرو وعمرو حي يوم قال ذلك ثم مات قبل موت الموصي فالوصية ميراث لورثة الموصي لانه
نقل جميع ما اوصى به لفلان الى عمرو وقد صح النقل لان عمرو من اهل الوصية فكان رجوعا عن الوصية

الاولى وبطلت الوصية الثانية لموته قبل موت الموصى فصار ميراثا لورثته ولو كان عمرو حيا يوم
موت الموصى ثم مات فهو ميراث لورثة عمرو لانه صح النقل وتقرر ملكه بموت الموصى فينتقل
الى ورثته ولو كان عمرو ميتا حين قال الموصى ذلك فالوصية الاولى على حالها لانه لم يصح
النقل لان الوصية للميت باطلة فلم يصح الايجاب الثاني فلا يبطل حق الاول في ضمنه
ولو قال فهي لعمرو وبقي قوله كل وصية اوصيت بها لفلان وبهذا القدر لا يثبت
الرجوع ولو قال وصية اوصيت بها لفلان فهي لعقب عمرو وعمرو حي ثم مات عمرو قبل الموصى
وله عقب فهي لعقبه لانه لما كان لعمرو عقب يوم موت الموصى صح النقل الى عقبه وان
لم يكن له عقب يوم الوصية لان الوصية انما تتم وقت موت الموصى فاذا ظهر العقب
في ذلك الوقت صح النقل كما لو اوصى لولد عبد الله ولد يوم مات الموصى صحت
الوصية وان لم يكن له ولد يوم الوصية فاذا صح النقل كان رجوعا عن الاول الا ترى
انه لو قال ثلث مالي لولد عبد الله ولعبد الله ولد يوم الوصية ثم مات وولد له آخر ثم مات
الموصى فالثلث لولده الثاني لانه اذا لم يعين الولد والوصية ايجاب عند الموت صار
قائلا عند الموت ثلث مالي لولد عبد الله الا ترى انه لو اوصى بثلث ماله ولا مال له او كان
له مال فهلك ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ماله عند الموت مالي لفلان ولولد
عبد الله فمات ولد عبد الله قبل موت الموصى كان لفلان كل الثلث لانه اذا ابهم ولد
عبد الله لم يعين بالاشارة كانت الوصية ايجابا لولده الموجود عند موت الموصى
فاذا لم تثبت المزاحمة والوصية كانت بلفظ يستحق به الثلث يسلم له كل الثلث
بخلاف ما لو قال ثلث مالي لفلان ولولد عبد الله هذا فمات ولد عبد الله ثم مات
الموصى كان لفلان نصف الثلث لان الوصية وقعت لمعين هو من اهل الاستحقاق
فثبتت المزاحمة فبعد ذلك وان زالت المزاحمة لا يتكامل حق الآخر فالحاصل ان الموصى
له اذا كان معينا وقت الوصية كانت الوصية ايجابا له عند وجودها وان لم يكن معينا
ويعين عند الموت وكان تعيينه عند الموت كتعيينه عند الوصية اعتبارا للموصى له
بالموصى به فانه لو اوصى بعين لا يملكه ثم ملكه لا يصح الوصية ويعتبر ايجابا وقت
الوصية ولو اوصى بثلث ماله ولا مال له ثم استفاد مالا صحت الوصية وتعتبر ايجابا عند
الموت وان مات الموصى قبل عمرو فالوصية لفلان على حالها لان عمروا اذا كان حيا يوم موت
الموصى لم يوجد الموصى له لا وقت الوصية ولا وقت الموت لان عقب عمرو من يخلفه من اولاده
يوم مات ولم يوجد متى كان عمرو حيا حتى مات الموصى فلم يصح النقل فلم يثبت الرجوع عن
الوصية الاولى ضمنا له ولو مات عمرو وترك عقبا ثم مات عقبه قبل موت الموصى فالوصية ميراث
لورثة الموصى لانه وجد الموصى له الثاني فصح النقل فيثبت الرجوع ثم بطلت الوصية للعقب
بموت الموصى فصار ميراثا لورثته وفي شرح الكرخي رحمه الله تعالى قال ابن سماعة عن محمد رحمهما الله
تعالى في رجل اوصى لفلان ولعقب فلان يعني رجلا آخر قال فان مات الموصى والموصى لعقبه حي

حتى فالوصية لعقبه باطلة والثلث لفلان الذي اوصى له لان العقب في قول محمد رحمه الله
تعالى انما يكون بعد الموت وان مات الموصى لعقبه قبل موت الموصى فالوصية جائزة ويكون
الثلث لفلان ولعقب فلان على عدد الرؤوس وعقب فلان من الذكور والاناث فان
لم يكن له ولد فولد ولده الذكور دون الاناث وغير ولد الاناث لان ولد ابنه من الذكور
والاناث عقب له فاما ولد بناته فليسوا من عقبه والاصل في ذلك ان العقب عبارة عن
من وجد من الولد بعد موت الانسان فاما في حال حياته فليس بعقب له لان العقب
ما يثبت بعد غيره اما ما يوجد معه فلا يقال انه عقب فاذا مات الموصى والموصى لعقبه باق
فهذا رجل اوصى بثلث ماله لفلان ولعقب غير موجود فلا تقع المشاركة فبقي الثلث لفلان
خاصة لان قوله اوصيت بثلث مالي لفلان وصية تامة وانما انتقص بالمزاحمة وقد انعدمت
واما اذا كان الموصى لعقبه قد مات قبل موت الموصى فقد وجد العقب فصحت المشاركة وانما
قدم ولد الصلب على ولد الولد لان الاسم يتناول الاعلى الا ترى ان ولد الولد عقب لابائهم
واباؤهم فان عدم الآباء فالعقب ولد الولد لان الاسم يتناول كما لو اوصى لفلان وله ولد
لصلبه وولد ولد وانما لم يدخل ولد البنات لانهم عقب لابائهم وسوى بين الذكور والاناث لان
الاستحقاق بعقد فيستوي فيه الذكور والاناث كالهبة والبيع وانما سوى بين الموصى له بالثلث
وبين عقب فلان وقسم على رؤوسهم لان الاسم يتناول جماعتهم فصار كما لو قال اوصيت
بثلث مالي لفلان وفلان وفلان يتساوون في الوصية ولو قال اوصيت بثلث مالي لفلان
ولورثة فلان فان مات الموصى قبل ان يموت الموصى لورثته لهم باطلة والثلث لفلان
وان مات الموصى لورثته قبل موت الموصى ثم مات الموصى فان الثلث بين فلان وبين ورثة
فلان على عدد رؤوسهم لان الورثة لا تتناولهم الاسم الا بعد موت المورث فهم كالعقب واما
واما قوله ان الوصية بينهم على عدد الرؤوس انما يعني به ان ورثة فلان يقاسمون الموصى له بالثلث
برؤوسهم لمشاركتهم له في الوصية فما اصابهم من ذلك قسموه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين
لانه لما علق الوصية بالارث دل على ان معنى الارث معتبر فيها وقد فرقوا بين الوصية لبني فلان
وورثة فلان فقالوا اذا اوصى لبني فلان فالذكور والاناث فيه سواء لان الاستحقاق بعقد يقتضي
التساوي واذا اوصى لورثة فلان كان على التفاضل لانه تعلق الوصية باسم الارث يقتضي اعتبار
الارث قال ابن سماعة عن محمد رحمهم الله تعالى في رجل اوصى لعصبته فلان فمات الموصى والموصى
لعصبته حي فالوصية لعصبته جائزة وليس هذا كورثته وعقبه لان العصبة يتناولهم الاسم
في حيوة من هم عصبته له كما يتناولهم بعد موته ولهذا يقال ان اولياء المرأة عصباتها وقال
عليه الصلوة والسلام النكاح الى العصبات واذا تناولهم الاسم استحقوا الوصية فان كان
لفلان ابن واب فعصبته ابنه دون ابيه ودون اخوته وعمومته وان لم يكن له ابن فابوه
عصبته وان لم يكن له اب فاخوته عصبته دون عمومته وهذا على ترتيب العصبة فالعصبة البنون
ثم الآباء ثم الاجداد وعلى قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ثم الاخوة ثم العام لا يكون البعيد عصبته

مع الغريب وفي العيون لو ان رجلا قال ثلث مالي لفلان ولبني تميم فالثلث كله لفلان
وقال ثلث مالي لفلان ولرجل من المسلمين فلفلان من ذلك النصف ولو قال
لفلان ولتسعة من المسلمين كان لفلان عشرة وتسعة اعارة باطلة لان بني تميم
اقوام لا يحصون فيسلم ثلث ماله لفلان ويلغوا الاضافة الى بني تميم بخلاف ما اذا قال لرجل
من المسلمين لانه اشرك معه في الثلث رجلا من المسلمين وهو مجهول لكنه امكن اعتبار
القسمة فيه فيكون لفلان النصف وما اصاب الرجل المجهول لم يصح وكذلك اذا اشرك معه تسعة لانه امكن
اعتبار القسمة فيه وهو عاشر عشرة مما اصاب النفر التسعة بطلت باعتبار الجهالة وما اصابه صح والله اعلم

باب الوصية يوصي بها الرجل وعليه دين وله عبد فيباع

العبد في الدين ثم يخرج للميت مال اصل الباب ان الدين مقدم على الميراث والوصية على ما ذكرنا
وحرف اخر ان الدين القليل لا يمنع وقوع الملك للموصى له في الموصى به والكثير يمنع لان الوصية
اخت الميراث والجواب في الميراث على هذا التفصيل كما ذكرنا من قبل فكذا في الوصية
وحرف اخر ان الموصى له كما قضى دين الميت من الموصى به وهو مجبر على القضي كان له الرجوع بما
قضى في مال الميت لانه بمنزلة الوارث والوارث له الرجوع بما قضى في التركة فكذا الموصى
له اذا كان مجبرا على القضا اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله تعالى رجل اوصى لرجل بعبد يساوي
الف درهم وله على الناس عشرة الالف درهم وليس له مال عين سوى العبد وعليه الف درهم
دين ثم مات وطلب الغرما بيع العبد بديونهم ولم ينتظروا خروج الدين يجيبهم القاضي
الى ذلك ويبيع العبد بديونهم لان الدين مقدم على الوصية والديون الذي له على الناس
كالتاوي ولهم ان لا ينتظروا خروج الدين الا ترى ان الوارث لو قال لا ابيع العبد
في الدين لان العبد مكفي فان الدين القليل لا يمنع الميراث فانتظروا خروج الدين
وخذوا حقكم منه لا يكون له ذلك ويباع العبد بدين الميت ويجعل التوى على
الوارث لا على الغرما لتقدم الدين على الميراث فكذا الوصية وهذا لان قضا الدين
من حوايج الميت وحاجته مقدمة على الميراث والوصية الا ترى ان في الدين القليل
لا يجوز القسمة وان قسموا برضا الغرما ثم اراد الغرما نقض القسمة فلهم ذلك لان
عدم نفاذ القسمة بحق الميت لا لحق الغرما فلا يبطل حق الميت برضاهم وقضيته
وقضية هذا ان يبيع القاضي العبد بغير طلب الغرما لان البيع لحق الميت وقد
عجز عن النظر بنفسه وللقاضي ولاية النظر في حق من عجز عن النظر لنفسه
لنفسه بنفسه كما له ولاية التصرف في مال اليتيم الصغير والمجنون والمفقود
وهذا لان الملك للموصى له غير ظاهر في العبد ما دام الدين قبل الخروج
كالتاوي فتكون التركة كالمستغرقة بالدين ولكنه قائم لكون الدين غير
مستغرق حقيقة لكن مع هذا تقديم الدين استيفا واجب فان باعه
بالف وخمسماية وقيمته الف يدفع الثمن الى الغرما فان دفع ثم خرج دين

دين الميت فان الغرما يا خذون بقية دينهم خمسماية واخذ الموصى له ثمن العبد
الفا وخمسماية لانه لولم ياخذ وصيته لجعلنا الدين في حصته دون حصة
الورثة وذلك لا يجوز لان الدين يمنع الميراث كما يمنع الوصية وذلك لا ت
وصيته عليه صحت لان العبد يخرج من الثلث الا ان الشرع قدم الدين عليه وا
وامراة بقضا الدين من وصيته فكان له الرجوع لانه قضى الدين بامر القاضي فكان
مجبرا عليه الا ترى ان الوارث اذا قضى دين الميت من ماله لا يكون متبرعا لكونه
مطالبا وان لم يتعلق بما له فهنا اولى وكذا المعير اذا قضى دين المستعير لا يكون
متبرعا وان لم يكن مطالبا لكونه مضطرا ومديون الميت اذا قضى دين الميت لا يكون
متبرعا وفي العيون هشام رحمه الله تعالى قال اخبرني محمد رحمه الله تعالى ان ابا حنيفة
وابا يوسف رحمهما الله تعالى قالا في رجل مات وله غلام قد كاتبه على الف درهم
وعلى الميت لانسان الف درهم فقضاها المكاتب الغريم قضى من ماله على مولاه
بغير امر الوصي في القياس باطل ولا يعتق حتى يعتقه القاضي ولكنا ندع القياس و
نعتق بالادا الى الغريم وجه القياس ان الكتابة توجب ادا المكاتبة المولى او الى
المولى من يخلفه من وارث او وصي فالادا الى الغريم لم يقع موقعه فصار كما لو ادى
الى الاجنبي وجه الاستحسان ان الغريم يستحق بدل الكتابة لان حقه يتعين
فيه اذا لم يترك غيره فقد اوصل الحق الى المستحق فصار كما لو دفعه الى القاضي
هشام عن محمد رحمهما الله تعالى في رجل في يده الف درهم لرجل وديعة
فمات وعليه الف درهم معروفة انها عليه وترك ابنا فقضى المستودع
الالف الى الغريم قال لا يضمن لان الالف للميت وقضا غريم الميت وليس
لابن ميراث حتى يقضي الدين قال هشام رحمه الله تعالى قلت لمحمد رحمه
الله تعالى فان كان للميت على رجل الف درهم ولرجل اخر على الميت الف
درهم فقضى الدين عليه للميت الف درهم الالف التي عليه للميت والميت
وصي به بغير امره فقال محمد رحمه الله تعالى ان كان حين قضاه قال هذا
الالف التي لفلان الميت على من الالف التي لك على الميت فهو جائز وان
لم يقل ذلك ولكن قضاه الالف عن الميت فهو متبرع والالف عليه اما
في الوديعة لان يد المودع يد المودع وقد تعلق حق الغريم بهذا المال والارث
متاخر عن الدين ولو لم يكن في التركة دين ودفعه الى الوارث لم يضمن فاذا
دفعه الى من هو مقدم على الوارث لا يضمن بخلاف المديون لان الدين تقرر
الميت في ذمته ولم يتعين حق الميت في الالف التي قضى الا مات بقبضها عن دينه

عن دينه فاذا لم يقل صارت تبرعا والالف متعين في الوديعة فلا يشترط التنصيص عليه قال هشام رحمه الله تعالى قلت لمحمد رحمه الله تعالى فلو ان رجلا له عند رجل الف درهم وديعة ولاخر على هذا الرجل الف درهم فقضى هذا الذي عنده الوديعة الرجل الذي الدين قال فقال محمد رحمه الله تعالى رب المال بالخيار ان شاء ضمن المستودع ويسلم المال للذي قبض لانه متطوع وان شاء اجاز القضا لان في حال حياته لم يتعلق حق الغريم بهذا المال ولم يتعين له مال لان الدين مستقر في ذمته لا يعين مال وقد تصرف في ماله بغير امره فكان التضمين وليس له ان يسترد لانه تبرعه بقضا دينه صحيح فان قالت الورثة ندفع اليك قيمة العبد وهي الف درهم ليس لهم ذلك وله ان ياخذ الثمن الفا وخمسمائة لان القاضي لما باعه بالدين فقد حول حق الموصى له من العبد الى الثمن لان الموصى له لما عجز عن اخذ العبد صار كانه غائب وللقاضي ولاية التدبير في مال الغائب الا ترى ان العبد العبد الابق او الدابة الضالة اذا رفع الى القاضي كان له ان يبيعه ويحول حق صاحبه الى الثمن كذلك هنا لما باعه القاضي تحول حق صاحبه الى الثمن من الرقبة وله ان ياخذ مقدار الثمن وهذا لانه تبين انه بيع على ملكهم فيكون الثمن له ولا يتبين به فساد البيع لانه لا يتبين به بطلان سبب ولاية القاضي بالبيع وهو عجزه عن الانتفاع بماله والوصول اليه الا ترى ان القاضي لو فسخ البيع بسبب الاباق قبل القبض ثم عاد لا يعود البيع لانه لا يتبين به بطلان سبب الفسخ وهو العجز عن تسليم المبيع كذلك هنا وكذا لو باع القاضي بتسعمائة وخمسين جاز بيعه لان هذه محاباة يسيرة يتغابن الناس في مثلها فكان عفوا فاذا خرج الدين ياخذ الموصى له تسعمائة وخمسين لان قضا الدين وقع به وليس له المطالبة بقيمة العبد لما ذكرنا ان حقه تحول من العين الى الثمن لورود البيع على ملكهم وكذا لو باعه باكثر من قيمته او باقل مما يتغابن الناس فيه لا يكون للموصى له الا ثمن العبد ولو خرج الدين قبل دفع الثمن الى الغرما فاراد الموصى له نقض البيع واخذ العبد ليس له ذلك لان القاضي باع بولاية شرعية وانتقل حقه الى الثمن كما اذا باع مال الغايب للحاجة الى الحفظ ثم حضر الغائب او بلغ الصبي والله اعلم

باب الوصية التي تقع لاقل ما يسمى

اصل الباب ان الوصية انما تنفذ على حسب ما اوجبه الموصي لانه يملك عليه ولا يجوز التمليك عليه بغير رضاه وهو انما رضي على الوجه الذي اوجبه الا ترى ان زوال اسم الموصى به يبطل الوصية حتى لو اوصى لرجل بحنطة فهبت بها الريح فالقتها في الطاحون فصارت دقيقا تبطل الوصية لانه ما رضي بتمليك الدقيق عليه وحرف اخر ان الوصية للموجود صحيحة وللمعدوم لا لان الوصية تمليك بعد الموت والتمليك للموجود يصح وللمعدوم لا يصح لانه لا يصلح

لانه لا يصلح مستحقا والكلام الصحيح لا يتغير بضم اللغو اليه لان اللغو من الكلام وجوده وعدمه بمنزلة بحق الحكم ويتغير بكلام صحيح يوجد بعده لان الاول الكلام يتوقف على اخره اذا كان في اخره ما يغير حكم اوله ولهذا جاز الحاق الاستثنا والشرط به وصح العطف حتى يتوقف الحكم على وجود المعطوف والمعطوف عليه اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله تعالى رجل قال اوصيت بثلث مالي لبني عمرو بن حماد وهم سبعة فاذا البنون خمسة فالثلث لهم وقوله وهم سبعة حشو لان قوله اوصيت بثلث مالي لبني عمرو كلام تام ووصية صحيحة فلا تتغير بقوله وهم سبعة لانه لغو من الكلام لان اسم الاكثر لا ينطلق على الاقل من العدد بوجه ما وهنا لانه وصفهم بغير عددهم فلغوا قوله سبعة وبقي الوصية لهم قال محمد رحمه الله تعالى الا ترى انه لو قال اوصيت بثلث مالي لعمرو وخالد بني فلان فاذا احدهما ميت كان الثلث كله للحي لما ذكرنا انه لو اقتصر على قوله ثلث مالي لعمرو كان جميع الثلث له فلما قال وخالد وهو ميت كان لغوا من الكلام فلا يتغير به صدر الكلام الا ترى انه لو قال اوصيت بثلث مالي لبني عمرو بن حماد الطول وهم قصار كان كل الثلث لهم لانه وصفهم بغير وصفهم فلغوا وهذا لانه اضاف الوصية الى الموجود والمعدوم والوصية للموجود جائزة وللمعدوم باطلة فصحت الاضافة الى الموجود وبطلت في المعدوم كما لو اوصى بثلث ماله لزيد ولعقبه فالثلث كله لزيد لان الاضافة الى عقبه فاسدة لما ذكرنا ان عقبه من يعقبه فاذا كان حيا لا يكون له عقب فبطلت الاضافة الى عقبه فيكون الثلث له وكذا لو اوصى بثلث ماله لفلان وفلان واحدهما ميت كان جميع الثلث للحي سوا علم بموته او لم يعلم انه اوصى للاول بكل الثلث فاذا عطف الثاني عليه ولم يذكر له خبرا كان خبر الاول خبر الثاني كانه قال اوصيت بثلث مالي لفلان ولو صرح به يكون موصيا لكل واحد منهما بجميع الثلث ولا يكون الثاني دافعا للاول لان حكم الوصية لا يثبت للحال فجاز ان ينعقد الثاني مع الاول كما لو وكل رجلا ببيع ماله ثم وكل اخر واذا صار موصيا لكل واحد منهما بجميع الثلث فلو انتقص انما ينتقص بالمزاحمة ولم تتحقق المزاحمة لان الميت ليس من اهل اثبات الملك له ولانه جمع بين من يصح له الوصية وبين من لا يصح وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه اذا لم يعلم بالموت كان للحي نصف الثلث لانه اذا علم كان لاغيا هازلا فيبطل ذكر الميت كما لو ضم اليه حايطا او دابة اما اذا لم يعلم كان قصده الشركة والوصية لكل واحد منهما بنصف الوصية نصف الثلث وصحة الوصية تعتمد العقد فلا يستحق كل الثلث وجه ظاهر الرواية ان النقصان بحكم المزاحمة على ما ذكرنا وعلى قياس ابي يوسف رحمه الله تعالى في مسئلتنا ينبغي انه لو علم انهم خمسة كان الثلث لهم واذا لم يعلم كان لهم حصتهم من الثلث اذا قسم على سبعة ولو قال اوصيت بثلث مالي لبني فلان فان كان له بنون ثلاثة او اكثر واناث فالثلث لهم لان البنين اسم جمع والثلاثة فما فوقها جمع وللاثنين حكم الجمع في باب الوصية كما في الميراث ولو كان له ابن واحد فله نصف الثلث لان اقل ما ينطلق عليه هذا الاسم في الوصية اثنان فكان للواحد نصف الثلث ولو اوصى بثلث ماله لابني فلان ولم يكن لفلان الا ابن واحد بان مات احدهما او لم يكن له الا ابن واحد فله نصف الثلث لانه لم يوجد جميع الاسم المضاف اليه الوصية لانه اضاف الوصية الى ابني فلان والواحد لا ينطلق عليه اسم الاثنين فلا يجوز ان يستحق الثلث ويستحق نصفه لان هذا ايجاب بصيغة الاثنين فيكون لاحدهما نصف الثلث

كما لو قال ثلث مالي بين زيد وعقبه كان لزيد نصف الثلث انتهى ولو قال ثلث مالي بين فلان وفلان واحدهما ميت كان للحي نصف الثلث علم الموصي بذلك او لم يعلم لان كلمة بين في الاصل للتنصيف ولهذا قال ثلث مالي لفلان وبين هذا الحائط كان لفلان نصف الثلث وكذا لو قال ثلث مالي بين فلان ولم يزد عليه كان له نصف الثلث الا ترى انه لو قال لامرأتيه انت بينكما تطليقتان يقع على كل واحدة واحدة والوصية اذا وقعت بلفظة التبعيض لا تتكامل بخلاف المسئلة الاولى لان قوله وهم سبعة لغو من الكلام فبقي قوله اوصيت لبني فلان ولو قال هكذا ولفلان ثلثه لهم لوجود جميع الاسم المضاف اليه الوصية وهم البنون ولو قال اوصيت بثلث مالي لابني فلان عمرو وحماد ولم يكن له الا عمرو فالثلث كله له لانه وجد جميع الاسم المضاف اليه الوصية لانه لما قال لابني فلان عمرو وحماد فقد فسر بما ذكره اولا مرة والاصل ان الكلام اذا تعقبه تفسير كانت العبرة للتفسير وسقط اعتبار المفسر فصار كانه قال اوصيت بثلث مالي لعمرو وحماد ابني ولو قال او لم يكن لفلان ابن غير عمرو كان جميع الثلث له وهذا لانه اضاف الثلث الى عمرو وضم اليه حمادا ولم يصح الضم اذا كان ميتا فلم تثبت الشركة فوجد جميع الاسم المضاف اليه الوصية اما في المسئلة الاولى اضاف الوصية الى ابني فلان والواحد لا يسمى اثنين فلم يوجد الاسم المضاف اليه وهذا لانه اضا اليهما بحرف الجمع وقوله ابني فلان لا يفيد لان تلك اضافة على الابهام وقد سمى كل واحد منهما على حدة فاستغنى عن ذلك لان التسمية كالاشارة فبطل قوله ابني فلان وبقي قوله اوصيت لعمرو وحماد وهذا اضافة الى الموجود والمعدوم الى هذا اشار محمد رحمه الله تعالى ولا يشبه التسمية في هذا غير التسمية لانه اذا سمى كان الايجاب بناء على التسمية وهو قوله عمرو وحماد ولا يقال بجواز ان يكون الايجاب مبنيا على قوله ابني فلان وعمرو وحماد تفسيرا له فعلى هذا يكون للحي منهما نصف الثلث كما لو لم يفسر قلنا انما يفيد التفسير ويحمل عليه اذا كان لفلان ابن اخر اما اذا لم يكن فلا يحمل عليه بل يحمل على ما ذكرنا وان كان تفسيرا فالحكم للتفسير على ما مر بخلاف ما اذا اقتصر على قوله ابني فلان لانه لم يوجد الاضافة الى كل واحد على الانفراد وانما اضاف مقسوما حيث اضاف الى اثنين والواحد لا يستحق اسم الاثنين فكان للموجود نصف الثلث ونقول لما احتمل الوجهان كان الحمل على ما يوجب التكثير اولا لانه عقد مندوب اليه ثم فرق بين قوله ابني فلان حتى يستحق الحي نصف الثلث وبين قوله لفلان وفلان واحدهما ميت والفرق ما ذكرنا ان ثمة اضاف الثلث الى هذا وانما يثبت الشركة بحكم المزاحمة فاذا لم يكن معه اخر بقيت الاضافة اليه على حالها اما هنا اضاف اليهما جملة فيصير نصيب كل واحد منهما نصف الثلث وكذا لو قال اوصيت لعمرو وحماد ابني فلان وهذا اظهر ولو قال اوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم ثلاثة فاذا بنوه خمسة فالثلث منهم والخيار الى الورثة لان الموصي لم يوص لاكثر من ثلاثة فلا يعطى لاكثر منهم وقوله وهم خمسة صحيح وليس بلغو لانه تخصيص بعدما تناول اسم البنين اذا كانوا خمسة وتخصيص الاسم العام باللفظ صحيح واذا صح تغير صدر الكلام فصار كانه قال اوصيت لثلاثة من بني فلان ولو قال هكذا صحت الوصية لثلاثة منهم والخيار الى الورثة ولانه لما اضاف في الابتداء اليهم ثم سمى بثلاثة منهم

منهم كان رجوعا عن الباقي كما لو عين ثلاثة منهم بان يقول اوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم ثلاثة فلان وفلان وفلان فاذا لفلان بنون غير ما سمى كان الثلث لمن سمى كذلك وبهذا استشهد في الاصل لان التسمية وعدم التسمية سواء في حق صحة الايجاب في الوصية الا انه اذا سمى كان الموصى له معلوما ولا خيار للورثة واذا لم يسم كان مجهولا والتعيين الى الورثة لان الاستحقاق عليهم او لقيامهم مقام الميت فصار كما لو اوصى باحد هذين العبدين لفلان او بعتق احد هذين العبدين كان الخيار الى الورثة كذلك هنا وهذا القدر من الجهالة لا يمنع صحة الوصية لانها مستدركة وهذا الجواب على قول محمد رحمه الله تعالى ظاهر واما على قول قياس قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى يجوز ان يقال الوصية باطلة لانه ذكر الخلاف بين اصحابنا رحمهم الله تعالى في رجل اوصى بثلث ماله لفلان او فلان وروى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الوصية باطلة لان الموصى له مجهول وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان الثلث بينهما نصفان وفي قول محمد رحمه الله تعالى البيان الى الورثة وقد ذكرناها في الباب الثاني كذلك هنا لما اوصى لثلاثة من الخمسة ففي قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى يجوز ان يقال الوصية باطلة للجهالة يجوز ان يقال هذا على قولهم لان مخرج كلامه صحيح لانه اضاف الى بني فلان وانما ظهرت الجهالة بعد صحة الكلام بخلاف قوله اوصيت لفلان وفلان لانه اخرج الكلام مخرج الفساد حيث ادخل كلمة الشك في كلامه فرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اوصى لواحد من عرض الناس او اوصى لبني تميم وهم ممن لا يحصون ان الوصية باطلة والفرق ان الجهالة في مسئلتنا محصورة والجهالة في باب الوصية متى كانت مستدركة يمكن حصرها لا يمنع جواز الوصية كما لو اوصى بثلث ماله لاولاد فلان جازت الوصية ويدخل فيها الموجود دون يوم الوصية وما يحدث من بعد الى يوم الموت وهم مجهولون لكن لما كانت مستدركة يمكن حصرها جازت الوصية اما اذا اوصى لواحد من عرض الناس فهذه جهالة غير مستدركة لا يمكن حصرها فان الواحد من عرض الناس لا يمكن حصره وكذلك القبيلة اذا كانوا ممن لا يحصون فرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اوصى بثلث ماله لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه حيث لا تصح الوصية لمكان الجهالة وان كانت مستدركة والفرق ان البيان هنا متعذر لمن قام مقام الميت لان المقصود مختلف لما ذكرنا بخلاف مسئلتنا ولو قال اوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم خمسة ولفلان بن فلان فاذا بنو فلان ثلاثة فلهم ثلاثة ارباع الثلث ولفلان ربعه لان قوله وهم خمسة لغو لانه لم يصح الايجاب الا في الثلث من البنين فصار مزاحم المفرد ثلاثة اشخاص كانه قال اوصيت لفلان ولفلان بن فلان ولو قال اوصيت لبني فلان وهم ثلاثة فلان وفلان وفلان ولفلان بنون غيرهم فهو لمن سمى لان هذا تفسير صحيح وقد ذكرنا ولو قال اوصيت بثلث مالي لفلان وهم ثلاثة ولفلان بن فلان فاذا بنو فلان خمسة فلفلان ربع الثلث وثلاثة ارباعه لثلاثة من بني فلان والخيار الى الورثة لان قوله وهم ثلاثة قد صح لانه تخصيص لبعض ما تناوله الاسم فصار كانه قال اوصيت بثلث مالي لثلاثة من بني فلان ولفلان ابن فلان ولو قال هكذا كان لفلان بن فلان ربع الثلث ولهم ثلاثة الارباع كذلك هنا ولو قال ثلث مالي بين بني فلان وبين فلان ولاحدهما

ثلث بنيه وللاخر بن واحد فالثلث بينهم على عدد روسهم لان الكل اهل للوصية فصار كانه
قال ثلث مالي بين هولاء وان كان لاحدهما بنون وليس للاخر ابن فالثلث لهم لانهم لو اقتصر
على قوله ثلث مالي بين بني فلان كان ايجابا لكل الثلاث بينهم بالسوية فاذا ضم اليهم المعدوم صار
كانه اقتصر على الاول والله اعلم وفي الزيادات لو قال ثلث مالي لفلان ولاولاد عبد الله وهو
لا فماتا ولاد عبد الله ثم مات الموصي كان لفلان حصته من الثلث لان الوصية لجميع كانت
من اهل الاستحقاق فثبت المزاحمة فعند ذلك وان زالت المزاحمة لا يتكامل حق الاخر بخلاف
ما لو لم يعين اولاد عبد الله لانه اذا كان بغير عينه يعتبر وقت الموت على ما ذكرنا ولو قال
ثلث مالي لفلان وفلان بن عبد الله ان مت وهو فقير فمات الموصي وهو غني كان لفلان نصف
الثلث لانه اشرك المعين الا انه علق بثبوت حكم الوصية بالشرط والوصية لم تشرع الا مضافا او
معلقا فتعلق الحكم بالشرط لا يمنع انعقاد الوصية كشرط بقاء الموصى له الى وقت موت الموصي
واذا انعقدت كانت موجبة لكل واحد منهما نصف الثلث فانه بطل استحقاق واحدهما لفقد
شرط زائد لا يرد حق الاخر كما لو اوصى لفلان وفلان ثم مات احدهما قبل موت الموصي بخلاف ما لو قال
ثلث مالي لفلان ولفقراء ولد عبد الله فمات الموصي وليس فيهم فقير افكما نوا فقراء وقت الوصية ثم
استغنوا عند الموت كان الثلث لفلان لان ولد عبد الله غير معين فيعتبر ايجابا عند الموت
ولو كان فيهم فقراء وقت الوصية فاستغنوا وافتقر قوم اخرون وكان الثلث بين فلان
وبين من كان فقيرا من ولد عبد الله يوم الموت على عدد روسهم لما قلنا ولو قال ثلث مالي
لفلان ولعبد الله ان كان عبد الله في هذا البيت فلم يكن فيه كان لفلان نصف الثلث لانه
اشرك المعين في الايجاب وعلقه بالشرط ولو قال ثلث مالي لفلان ولعبد الله ان كان عبد الله
حيا فاذا هو كان ميتا كان للاول كل الثلث والفرق ان الحياة شرط صحة الايجاب فيراعى لها
وجودها وقت الايجاب فاذا لم يوجد لا يصح اما كونه في البيت ليس بشرط لصحة الايجاب
فيجعل شرطا لثبوت الحكم فيراعى وجوده وقت ثبوت الحكم انتهى ولو قال ثلث مالي لفلان
ولعبد الله ان مت وهو حي فمات عبد الله بعد ذلك قبل موت الموصي كان لفلان نصف
الثلث لان الوصية وقعت لمعين فتثبت المزاحمة فلا يتكامل حق الاخر بعد ذلك وفي
شرح الكرخي محمد رحمه الله تعالى بشر عن ابي يوسف رحمهما الله تعالى في رجل اوصى بثلث ماله
لرجل مسمى واخبر الميت ان ثلث ماله الف او قال وهو هذا فاذا ثلث ماله اكثر من الف
فان ابا حنيفة رحمه الله تعالى قال له الثلث من جميع ماله والتسمية التي سمى باطلة لا تنقص
الوصية خطاؤه في ماله انما غلط في الحساب ولا يكون رجوعا في الوصية وهذا قول ابي يوسف
رحمه الله تعالى لانه اوصى بالثلث وبين ان الثلث المبلغ الذي ذكره وصحة الوصية لا تقف
على ذكر المبلغ فلم يوجد اسقاط بعض الوصية وحمل هنا الغلط في القدر ولانه لما احتمل ان يكون
رجوعا عازا على القدر المذكور واحتمل ان يكون غلطا لا تبطل الوصية بالشك وكذا لو
قال اوصيت بغنمي كلها وهي مائة شاة فاذا هي اكثر تخرج من الثلث والوصية جائزة في جميعها لما قلنا

لما قلنا ولو قال قد اوصيت له بغنمي وهي هذه وله غنم غيرها تخرج من الثلث فان هذا في القياس
مثل ذلك ولكني ادع واجعل له الغنم الذي سمى من الثلث لانه لما اوصى بالغنم على الاطلاق وعينها
واشار اليها فالوصية تتعين بما عين والاشارة في التعيين اقوى من الاضافة فلم يستحق ما لم يقع
عليه الاشارة بخلاف قوله اوصيت بثلث مالي وهو هذا لان التعيين لم يقع فيما تعلق به الوصية حتى
يكون اقوى من الاضافة وانما وقعت الاشارة الى جملة المال وذلك لا يمنع ان يكون ما سواه من له
فكذلك تعلقت الوصية بالامرين اما هنا اشار الى ما علق الوصية به وما سواه وان كان من غنمه فقد
يجوز ان لا يتعلق للوصية به فكذلك يتعلق الحكم بالاشارة ولو قال قد اوصيت برقيقي وهم ثلاثة
فاذا هم خمسة جعلت الخمسة كلهم في الثلث لانه اوصى له بالرقيق وغلط في العدد فلا يمنع من استحقاق جميعهم والله اعلم

باب من الوصايا التي وقعت فيها الموصي فتجعل او يكون

جملها اصل الباب ان كل شرطه الموصي في الوصية ان كان مفيدا يعتبر وان كان غير مفيد لا يعتبر لانا
لو اعتبرناه لصار شرطا شرعيا والشرع لا يرد بما لا فائدة فيه اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله تعالى
رجل قال ثلث مالي لفلان ينفق عليه كل سنة مائة درهم منه قال الثلث لفلان ملكا يصنع به ما بدا له
لان قوله ثلث مالي لفلان وصية تامة مفيدة للملك لفلان وقوله ينفق عليه كل سنة مائة درهم مشورة
في مال الغير فلا يعتبر وقد ذكرنا هذا من قبل فان قيل لم لا يجعل قوله ينفق عليه تفسير الوصية حتى تكون
وصية باتفاق القدر فتكون العبرة للتفسير لا لاول الكلام لان تفسير الاول صار مبطلا له لان
اول الكلام وصية للتمليك بدليل الاقتصار عليه ومتى جعل هذا تفسيرا لا يبقى التمليك وهذا ليس
برجوع عن اول الكلام ايضا لانه يحتمل المشورة فلا يبطل حكم اول الكلام بالشك بخلاف ما لو قال
اوصيت بان يعطى لفلان كل سنة من ثلثي كذا فانه يوقف على ملك الموصي ويعطى له كل سنة ما قال
ولا يعطى له جميع الثلث في الحال فان مات الموصى له ولم يستكمل الثلث رد ما بقي من الثلث على ورثة
الموصي لان الموصى له لم يملك الثلث من فلان انما افرد من يوقف على ملكه ثم يعطى فلان كل سنة كذا
من ماله وهذا الامر لاقي ملك الموصى له فصح امره ووجب مراعاته كما لو اوصى به بخلاف المسئلة
الاولى لان الاشارة والمشورة وقعت في ملك الموصى له فلم يجب مراعاته وهذا لما ذكرنا انه انما
يعتبر من الشرط ما يفيد وثمة الشرط غير مفيد لانه تمليك الثلث منه فسوا اعطوه دفعة واحدة
او متفرقا لا فائدة فيه للموصي ولا للورثة فلا يعتبر وهنا اوصى بان يعطى له شيئا ليستنفقه شيئا
فشيئا وهذا شرط في ملك نفسه وانه مفيد لانه يلزم الورثة ان يعطوه شيئا فشيئا ما دام
فاذا مات انتهت الوصية فيعود ما بقي الى ورثة الموصي فكانت فائدته راجعة الى ورثته فهذا
الشرط فوجب اعتباره وتوقيفه ولو قال اوصيت بثلثي في الحج يحج عني كل سنة حجة بمائة درهم
او قال يحج من ثلثي في كل سنة حجة بمائتين فانه يحج عنه بالثلث كله في سنة واحدة حتى ياتي على جميع
الثلث كل حجة بمائتي درهم ولا يؤخر لان الحج عبارة فكلما كان اسرع فهو انفع للميت ولانه لا فائدة
في التاخير واعتبار شرطه لانه لا يتوهم عود شيء من الثلث الى الورثة لان قربة الحج لا يستطيع عادة
وفي التاخير احتمال فوت غرضه بفوات المال فيما لم يجئ شرط التاخير مفيدا لا يعتبر بخلاف الاول لان

لان التوزيع مفيد لاحتمال موت الموصى له فيعود ما بقي الى ورثته جميعا فينتفعون به ونفع الوارث كنفع المورث وكذا لو قال اوصيت بثلثي يشترى منه نسمة كل سنة بمائة درهم فتعتق او اوصى بثلث ماله في المساكين يتصدق كل سنة بمائتي درهم او اوصى بان يتصدق من ثلاثة كل سنة بمائة درهم على المساكين فانه يشترى بالكل رقابا وتعتق ولا تؤخر ويتصدق بجميع الثلث في السنة ولا يؤخر لانه لا يتوهم انقطاع المساكين وعود شيء الى الورثة والاعتاق قربة في كل وقت ولا ينقطع فلا فائدة في التاخير وروى بن سماعة عن محمد رحمهم الله تعالى انه يؤخر في الحج والاعتاق ويوزع كما شرط لان فيه فائدة في الجملة لان بعض الازمنة قد يكون اوفق في امر الحج او في شراء الرقاب بان يكون ارخص وفي ظاهر الرواية انه يراعى الفائدة فيما هو مقصود الموصي وهو التقرب الى الله تعالى بماله من الوجوه التي سمى وذلك مما لا يتفاوت وفي التعجيل تحصيل ذلك وفيه مسارعة الى الخيرات فيعجل والفائدة متعارضة فلا تعتبر والله اعلم

باب ما يصدق فيه الوصي وما لا يصدق

اصل الباب ان الوصي متى اقر بتصرف في مال الصغير بعد بلوغه وكذبه الصغير ولا بينة للوصي كان القول قوله فيما هو مفوض اليه كنفقة المثل في تلك المدة وزيادة يسيرة على نفقة المثل لانه امين الميت وهو مسلط على ذلك شرعا والقول قول الامين مع اليمين الا اذا ظهر فيه امارة الخيانة بان ادعى نفقة بخلاف العادة فحينئذ لا يصدق لانه ادعى امرا مستنكرا ولانه غير مسلط عليه من جهة الشرع والامين اذا ادعى امرا مستنكرا لا يقبل قوله القيام امارة الكذب الا اذا اقام بينة او صدقه الصغير بعد البلوغ فاذا اقام البينة او صدقه الصغير لم يظهر خيانته الا انه يضمن بالتضييع كما لو اشترى شيئا بغبن فاحش بمعاينة الشهود ولانه في الوجه الاول امين ولم يقر بسبب الضمان بل الصبي يدعي عليه الضمان وهو منكر وفي الوجه الثاني يدعي البراءة عن الضمان والصبي يكذبه ثم في الوجه الاول انما يصدق في حق براءة نفسه لا في وجوب الضمان على الغير كالوكيل بالشراء اذا قال اشتريت ونقدت الثمن وقبضت المبيع فهلك عندي ان كان الثمن منقودا كان القول قوله لانه امين ادعى البراءة عن الضمان وان لم يكن منقودا لا يقبل قوله لانه يدعي الرجوع على الموكل وهو منكر وكذا لو قال للوارثين بعد ما كبرا قد اعطيتكما الف درهم وهي الميراث فصدقه احدهما وكذبه الاخر فالذي صدقه ضامن لما بقي وخمسين درهما للاخر بعد ما يحلف اخوه بالله ما قبض خمسمائة والوصي بريء من النصيبين لانه امين والقول قوله ثم المصدق يضمن نصف الخمسمائة لانه اقر بقبض مال مشترك بينهما ولم يظهر قبض المكذب الا بقول الوصي وهو مصدق في براءة نفسه لا في ابطال حق الاخ المنكر لانه مصدق في حق نفسه لا في حق غيره والمصدق اقر بقبض مال مشترك فيجب عليه رد نصيبه الا اذا نكل عن اليمين وهل يقبل قول الوصي في جنس ما فوض اليه عند محمد رحمه الله تعالى لا وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى تقبل لما نذكر اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله تعالى اذا قال الوصي بعد بلوغ اليتيم انفقت عليك في صغرك مالك فانه يصدق في نفقة مثله في تلك المدة لانه اقر بما كان مسلطا عليه من جهة الشرع في مال الصبي فانه مسلط من جهة على الانفاق

من جهة الشرع على الانفاق على الصغير نفقة مثله من ماله لما فيه من احيائه وحفظه فلم يجعل مقرا على نفسه بما هو سبب الضمان في مال الصغير مدعيا وهو منكر فكان القول قوله (لم يجعل الصغير مدعيا) مع اليمين كالمودع اذا قال رددت الوديعة وانكر المودع كان القول قوله مع اليمين لانه امين كذلك هنا ونفقة المثل ما يكون بين الاسراف والتقتير قال الله تعالى والذين اذا انفقوا الآية لم يسرفوا وكان بين ذلك قواما ولا يصدق في الفضل لانه اخبر عما هو غير مسلط عليه في الشرع بل هو منهي عنه (ان يبذروا) لانه اسراف فاذا اخبر بذلك فقد اقر على نفسه باتلاف مال الصبي فيكون ضامنا وكذا لو قال قد ترك ابوك رقيقا وانفقت عليهم من مالك كذا وكذا وكان ذلك نفقة مثلهم في تلك المدة ثم انهم ماتوا او ابقوا وقال الوارث لم يترك ابي رقيقا فالقول قول الوصي مع يمينه مسلط عليه شرعا لان ذلك اصلاح مال الصغير وحفظه والوصي كما يملك اصلاح نفس الصغير بالانفاق عليه يملك اصلاح ماله بالانفاق عليه وكذا لو قال لم يترك ابوك رقيقا لكن اشتريت لك رقيقا بالف درهم من مالك وانفقت عليهم من مالك كذا وكذا وانت يومئذ صغير وانكر الابن ذلك فالقول قول الوصي لانه اقر بما كان مسلطا عليه من جهة الشرع في مال الصغير وهو شرى الرقيق والانفاق عليهم فلم يكن مقرا بسبب وجوب الضمان وكذلك لو كان للميت عنده مال وقال انفقت عليه منه كان القول قوله لانه مادون في الانفاق وهو مؤتمن في الحال وكان القول قوله ولو كان الغلام في يد رجل يدعيه فقال الوصي اشتريت لك هذا الغلام من هذا الرجل بالف درهم من مالك وقبضته ودفعت اليه الثمن ثم انفقت عليه من مالك كذا وكذا درهما ثم غلبني عليه واخذه مني والابن ينكر ذلك والذي في يده الغلام يقول الغلام غلامي وينكر ما يقوله الوصي لم يصدق الوصي فيما يدعي عليه من الشرى الا ببينة والغلام له لانه شاهد عليه او مدع ولكنه مصدق في حق اليتيم ولا يضمن له شيئا لانه اقر بما هو مسلط عليه شرعا لما ذكرنا ان الشرى بمال اليتيم والانفاق نفقة المثل المطلق شرعا وصار كالمودع اذا قال للمالك امرتني بدفع الوديعة الى فلان ودفعته وصدقه المالك في الامر بالدفع اليه وكذبه في الدفع وانكر فلان الدفع اليه ايضا يصدق المودع في براءة نفسه عن ضمان الوديعة ولا يصدق على الوكيل والرسول بالدفع اليه كذلك هنا ولو قال للابن الوارث عبد تركه ابوك فقال الوصي ان عبدك هذا ابق الى الشام فجاء به رجل من مسيرة ثلثة ايام واعطيت جعله اربعين درهما ولم يعلم ذلك الا بقوله وكذبه الابن في ذلك عند ابي يوسف رحمه الله تعالى القول قول الوصي مع يمينه وعند محمد رحمه الله تعالى لا يصدق ويضمن الجعل الا ان يقيم البينة على ما ادعى من الاباق واخذ الرجل اياه من مسيرة ثلثة ايام لانه اخبر عما هو غير مسلط عليه شرعا في مال الصغير فلا يصدق الا ببينة او بتصديق الصغير كما لو قال ان عبدك مدحني فقد فديته من مالك كذا وانما قلنا ذلك لانه لم يضف وجوب المال الذي اقر به الى فعل نفسه فان الجعل انما يجب باباق العبد ورد الراد واباق العبد ورد الراد ليس بفعل الوصي فلا يكون مسلطا عليه لانه انما يسلط على افعاله فصار مقرا بسبب الضمان

وهو دفع ماله الى غيره بامر لم يكن مسلطا وهذا لانه انما يصح اخباره عن ادائه بعد ما ثبت وجوبه
ولم يثبت وجوبه بقوله لانه انما يثبت وجوبه بقوله ان لو وجب بناء على سبب يدخل تحت ولايته كالاجرة
والثمن ونحوه وجعل الابق لا يجب بفعله وقوله انما يجب باباق العبد ورد الراد ومتى لم يكن له
سببه داخلا تحت ولايته لا يكون الاخبار عن الوجوب بناء عليه داخلا تحت ولايته ايضا وصار
بمنزلة الاخبار عن اذا ضمان استهلكه الصبي والصبي ينكر لم يصدق كذلك هنا لانه ايجاب
الضمان على الصبي بجناية دخلت من الغير بخلاف الشرا والانفاق لانه فعل الوصي وهو
مسلط عليه تبرعا وهذا لان الجعل يجب في رقبة العبد ولهذا لو هلك قبل الرد لا يجب الجعل
ولو امتنع المالك عن اداء الجعل يباع العبد فصار كالاقرار على العبد بالدين واقرار الوصي
بالدين على عبد الصبي لا يجوز وذكر في الكتاب ان الجعل يلزم رب العبد وهو الصبي فكان الوصي
اقر بالدين على الصبي فلا يصدق الا اذا اقام البينة على الاباق والرد فحينئذ تصدق على
اعطا الجعل لان الدين ظهر لا بقوله بل بالبينة فكان القول قوله في قضائه ثم استشهد محمد رحمة الله
تعالى للفرق بين هذه المسئلة وبين الشرا فقال الا يرى ان الوصي لو احضر رجلا الى القاضي وقال
ان هذا اخذ عبد لهذا الصغير كان قد ابق وجابه من مسيرة ثلاثة ايام فمرني بدفع المال
من جعل ماله فان القاضي لا يامره بان يعطيه شيئا من مال اليتيم لا بحجة اقامتها على الاباق
والرد وكذلك اذا اعطى بغير امر القاضي وبمثله لو قال اشتريت لهذا العبد غلاما من هذا
الرجل بالف درهم وقبضته منه واقر الرجل عند القاضي والابن يومئذ صغير فان القاضي يصدقه
فيما قال بغير بينة ويامره باداء الثمن فمتى جاز ان يصدقه في حالة الصغير جاز ان يصدقه في
حالة الكبر اذا اضافه الى حالة الصغر وفي جعل الابق لما لم يصدقه القاضي في حالة الصغر
لا يصدقه في حالة الكبر وان اضافه الى حالة الصغر لابي يوسف رحمة الله تعالى انه اقر بما هو
مسلط عليه من جهة الشرع في مال الصبي لانه اقر انه اعطى من ماله شيئا واخذ بازائه بدلا يعدله
او زائدا عليه لان الجعل اما ان يجب بدلا عما عمل الراد او عن العبد من حيث انه كان هالكا
فاحياه فكان الصغير استفاد الملك من جهة الراد كالشرا ولهذا قالوا للراد ان يحبس العبد
حتى يستوفي الجعل كانه باع منه والوصي مسلطا من جهة الشرع في مال الصغير على ان يعطي
من ماله شيئا وياخذ بازائه بدلا يعدله ولان الراد مستاجر الشرع لان الشرع اوجب له
الاجر ولو كان القاضي او الوصي استاجره لرد الابق او ادعى الاسبيجابي ودفع الاجرة
كان مصدقا كذلك هنا ولانه اخبر عن اداء الضمان واجب بناء على سبب يقع عادة
فوجب ان يصدق فيه كما لو ادعى انه استاجر رجلا ليرده لان له ولاية الاداء شرعا لانه ضمان
واجب شرعا ولانه مؤنة في مقابلة نفع ولهذا جاز ايجابه على المكاتب والماذون فصار اخباره
عن اداء هذا الواجب والاخبار عن اداء الاجر سواء واما ما ذكر من الاستشهاد فهو على الخلاف
ايضا ويلزم القاضي اعطا الجعل ويصدقه في ذلك عند ابي يوسف رحمة الله تعالى كما يلزمه
اداء الثمن ومحمد رحمة الله تعالى كثيرا ما يستشهد بالمختلف على المختلف نقلا للكلام الى ما هو

الى ما هو الاصح ثم الفرق ان غمة لم يدفع المال فقد اقر بالدين على الصغير فلا يصدق اما هنا منكر
لوجوب الضمان على نفسه لان الوارث يدعي عليه الضمان وهو منكر وهو مصدق في براءة نفسه
عن الضمان غير مصدق في ايجاب الدين على الصغير ولو قال الوصي بعد كبر الصغير مات ابوك
منذ عشر سنين وترك ارضا خراجية وادبت خراجها عشر سنين في كل سنة كذا وكذا وقال
الوارث لم يمت ابي الا منذ سنتين وادبت خراج سنتين فالقول قول الصبي في قول ابي يوسف
رحمة الله تعالى القول قول الوارث ولا يصدق الوصي الا بحجة وكذا لم يختلفا في تاريخ الموت ولكن
قد بما هو غير مسلط عليه من جهة الشرع اختلف في ادا الخراج فهو على الاختلاف ايضا لمحمد رحمة
الله تعالى ما ذكرنا انه اخبر بما هو غير مسلط عليه من جهة الشرع في مال الصغير لانه اضاف وجوب
ما غرمه في مال الصغير الى مال الصغير الى ما ليس من فعله فانه اقر بوجوب الخراج والخراج انما
يجب الارث الصغير من مورثه ارضا خراجية وسلامة الخارج من الارض اما حقيقة او
اعتبارا وكل ذلك من فعل الوصي ولان الخراج يجب على رب الارض لاجل ملكه فكان مدعيا وجوب
الدين عليه فيقدر ما اقر به جونو ولا يجب الزيادة الا بحجة كما في جعل الابق لابي يوسف رحمة
الله تعالى ان الخراج بمنزلة البدل عن الغلة اذا ادركت ولهذا قال في العشر والخراج ان الغلة
اذا ادركت كان للسلطان ان يحبسها حتى يستوفي الخراج من صاحب الارض كان صاحب الارض
استفاد الغلة من جهة السلطان حين دفع العدو عن ارضه خارج المصر واذا كان الخراج
بمنزلة البدل عن الغلة فالوصي باقراره باداء الخراج من ماله اقر انه اعطى شيئا من ماله
واخذ بازائه بدلا يعدله وهو الغلة فكان مسلطا عليه كما في الشرا والانفاق وجعل الابق
ولانه ادعى دفع الاجرة التي اوجبها الشرع فيصدق كما لو استاجر شيئا وادعى دفع الاجرة
ولو تصادقا على وقت الموت ووجوب الخراج يصدق بالاجماع لان للوصي ولاية ادا الواجبات
المالية عليه من ماله كنفقة الزوجات والاقارب وصدقة الفطر ولو تصادقا على وقت
الموت لكن اختلفا في التمكن من الزراعة ووجوب الخراج فقال الوصي مات ابوك منذ عشر
سنين وترك الارض وقال الابن لم يترك الارض كذلك حين مات ابي ولم يجب على خراجه فالقول
قول الوصي في قول ابي يوسف رحمة الله تعالى وفي قول محمد رحمة الله تعالى القول قول الصبي واجمعوا
انهما لو اختلفا والارض تصلح للزراعة فالقول قول الوصي مع يمينه لمحمد رحمة الله تعالى انه اقر
بدين لم يظهر لان الحال يكذبه لقيام المانع للحال فلم يبق الظاهر شاهدا للوصي بل يشهد للابن
لان تحكيم الحال واجب في كل امر اشكل في الماضي كالمستاجر مع رب الطاحونة اذا اختلفا في جريان
الماء وانقطاعه يحكم الحال كما لو استاجر عبدا شهرا ليعمل له عملا فجاء اخر الشهر وهو ابق او مريض
فقال المستاجر ابق او مرض حين اخذته وقال المالك لم يكن الا قبل ان نا تيتني بساعة فالقول
قول المستاجر لان الحال يشهد له ولو جاء اخر الشهر وهو صحيح او غير ابق فالقول قول الاخر
تحكيما للحال في معرفة الماضي لابي يوسف رحمة الله تعالى ما ذكرنا انه اقر بدفع بدفع الاجرة
بخلاف ما اذا كانت الارض صالحة للزراعة اما على قول ابي يوسف رحمة الله تعالى فلا يشكل

واما على قول محمد رحمه الله تعالى لان الخراج قد وجب لانهما اتفقا على تاريخ الموت وملك الارض
سبب وجوب الخراج فقد اتفقا على وجود سبب الوجوب الا ان الوارث يدعي معنى يسقط
الخراج ولا يصدق ولا يثبت صلاحية الارض فيما مضى قبل الخصومة بظاهر الحال والثابت بظاهر
الحال كالثابت بالبينة حال عدم البينة والموصي لو اقام البينة على ما ادعى يصدق في المواضع اجمع
فكذا هنا ولو قال الوصي ان غلاما لك ابق الى الشام واستاجرت رجلا بثمانية دراهم فجاء به من الشام
واعطيته الاجرة من مالك وكذبه الابن فالقول قول الوصي بالاجماع اما عند ابي يوسف رحمه الله تعالى
فلانه لو لم يقر بالاستيجار بل قال دفعت جعل الراد فان القول قوله فاذا اقر بالاستيجار كان اولى
واما عند محمد رحمه الله تعالى فلانه اقر بالاستيجار للصبي وهو مسلط في مال الصغير لانه فعل وفيه
اصلاح ماله فقد اخبر عن اداء ما وجب بناء على سبب يدعي مباشرته عن ولاية فاشبه الاخبار عن
اداء ثمن شيء يدعي شراءه في حال صغره ولو قال استهلكت لفلان مالا في صغرك وادفت الضمان
من مالك وكذبه الابن لا يصدق لانه اخبر عن اداء واجب بناء على سبب لا يدخل تحت ولايته
فلا يصدق وهذا لانه اقر باداء شيء من ماله من غير ان ياخذ بازائه بدلا يعدله وقيل هو على الخلاف
ولو كان للابن ابن اعمى لا مال له واليتيم موسر فكبر الصبي فقال الوصي ان اخاك هذا الاعمى
دافعني الى القاضي ففرض عليك في مالك له كل شهر خمسة دراهم فاديت اليه ذلك عشر سنين
وكذبه الابن فالقول قول الابن مع يمينه لانه غير داخل تحت ولايته لانه غير مسلط على الا
نفاق على اقاربه قبل فرض القاضي يضمن وقيل هو على الخلاف والاصح بالاجماع لان ابا يوسف
رحمه الله تعالى انما يصدق في اداء واجب يشبه الاعواض والاثمان وهذا لا يشبه لانهما صلة
محضة فالحاصل ان كل ما كان الوصي ماذونا فيه ويلزم ذلك في ذمته اذا اقر بقضائه من مال
الصبي صدق كثمن والاجرة والنفقة على الصغير وما يشبه ذلك وكل ما يلزم دون الوصي
فانه لا يصدق كبدل الجناية واستهلاك المال ونفقة المحارم فان هذا اقرار على الصبي بالدين
لان في الاول الدين وجب بعقده فيكون هذا المطالب بقضائه وفي الوجه الثاني وجب
على الصبي وهو غير مصدق في الوجوب عليه وعليه الابق والخراج عند محمد رحمه الله تعالى
كالثاني لانه يلزم الصبي دون الوصي لانه لم يلزم الصبي دون الوصي لانه لم يجب بعقده وعند
ابي يوسف رحمه الله تعالى كالاول لانه وجب بالحاق الشرع كما يجب باستيجار الوصي على
ما ذكرنا ولو قال الوصي في جميع ذلك اديت من مالي لارجع عليك لم يصدق في شيء
من هذا بالاجماع الا ببينة لانه يدعي شيئا من مال الصغير وهو ينكر فيكون القول
قوله وصار هذا بمنزلة الوكيل بالبيع اذا قال بعد موت الموكل بعته ان كان العبد
قائما فالقول قول الوارث لان الوكيل يدعي ازالة العبد عن ملك الوارث ينكره ولو كان
العبد هالكا فالقول قول الوكيل لانه ينكر وجوب الضمان عن نفسه ثم في كل موضع
كان القول قوله يلزمه اليمين الا ان يستحسن القاضي ان لا يستحلفه في الاشياء
الظاهرة كالنفقة وغيرها لانه ظاهر لا بد منه ترغيبا في قبولها واحترازا التغرير صيانة

صيانة لمال الميت ودفع حاجة الصغير والاوفق واجتماع قياسا وفي المبسوط اذا كان
في الورثة فقال الصبي انفقت على هذا كذا وعلى هذا كذا ونفقة احدهما اكثر لانه كان
اكبر سنا كان مصدقا فيما يعرف من ذلك لانه امين والقول قول الامين مع اليمين ما لم تكذبه
الحقيقة او العادة والوصي مصدق في كفن الميت فيما يكفن به مثله لانه ماذون له في
كفن مثله ولو اشترى الكفن ونقد الثمن من ماله كان له ان يرجع به في مال الميت وكذا
الوارث لانه ماذون بتكفين الميت فلا يكون متبرعا وكذا لو اشترى الوصي او الوارث من
ماله لانه لو اشترى به مطلقا ثبت الدين في ذمته فاذا اشتراه ابتداء بماله فقد فعل مقتضى
العقد المطلق الماذون فيه والمعنى فيه انه لو لم يجز شراؤه يؤدي الى الضرر لان مال الميت ربما
لا يكون حاضرا وقت الموت ولا يكون في ماله دراهم او دنانير ولا يمكن بيع تركته في
ذلك الوقت فيحتاج الى ان يشتري الوصي او الوارث من ماله نفسه فصار كالماذون
بذلك من طريق الدلالة الا ترى ان الوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من ماله
نفسه لا يكون متبرعا استحسانا لما ذكرنا فكذا هنا وكذا لو قضى الوصي او الوارث
من ماله دين الميت لا يكون متبرعا وله ان يرجع في مال الميت لانه قضى دينا هو مخاصم
ومطالب به وانما تخلص من ماله يتخلص عن المطالبة التي ادخله الموصي فيها فلم يكن
متبرعا وكذا الوارث لان ما فضل من التركة له وقد يختار تنقية اعيانها لنفسه فيقدم
وهذا اذا ثبت قضاء الدين بشهادة المشهود فاذا اظهر بقوله فلا يقبل منه لانه
يريد ايجاب الضمان على غيره والامين مصدق في نفي الضمان عن نفسه غير مصدق
في ايجاب الضمان على غيره وكذا في الطعام والكسوة يرجع اذا ادى بشهادة المشهود
او كان الشراء بشهادتهم لانه اذا ثبت الشراء بالشهادة ثبت الدين في ذمته وكان المطالب
فاذا ادى من ماله فقد فعل مقتضى العقد الماذون فيه ولا يشترط الاشهاد على الادا
من ماله او على انه ادى من ماله ليرجع في مال الصبي ففرق بينه وبين الاب على جواب الاستحسان
فان الاب لو اشترى لابنه الصغير شيئا وللابن مال وادى من ماله واشهد على البيع في القياس
يرجع في مال الصغير وفي الاستحسان لا يرجع وان قال حين ادى المال اودية لا يرجع عليه قياسا
واستحسانا وجه القياس انه اشترى له بحكم الولاية وصح الشراء فكان له ان يرجع كالوصي
وجه الاستحسان ان العادة جارية ان الاب يشتري للاولاد وينقدون الثمن من عندهم
تبرعا عليهم واحسانا لديهم ولا يطمعون في الرجوع فلا يرجع الا اذا اشهد على الرجوع
لوجود النص بخلاف العادة وفي المنتقى رجل له ابن صغير فاشترى له ثوبا او طعاما
واشهد على ذلك انه يرجع به عليه قال ان كان له مال يرجع بذلك عليه وان لم يكن له مال
لا يرجع عليه بشيء يجبر على طعامه وكسوته وان اشترى له عبدا او دابة او دارا او شيئا لا يجبر عليه فانه يرجع
به عليه فانه يرجع به عليه كان له مال او لم يكن وان لم يشهد لا يرجع به عليه والاب اذا زوج لابنه الصغير
وضمن عنه المهر وادى قبل البلوغ او بعده فهو على القياس والاستحسان الا اذا شرط الرجوع في اصل الضمان

كما تقدم لما قلنا والله اعلم

باب الرجل يوصي ان يحج عنه

اصل الباب ان النيابة في باب الحج حالة الياس بالزمانة او المرض جائزة استحسانا والقياس ان لا تجوز بالاثر والمعنى اما الاثر ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما انه قال لا يحج احد عن احد ولا يصوم احد عن احد واما المعنى فان الحج عبادة بدنية والعبادات البدنية لا تجري فيها النيابة كالصوم والصلوة والجامع بينهما وهو ان ما هو المقصود وهو الابتلاء والامتحان لا يحصل بفعل الغير ولهذا لا يجوز في حالة القدرة ويجب عليه الاداء بنفسه اذا برا بعدما حج عنه وجه الاستحسان ما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه راى رجلا يلبي عن شبرمة فقال عليه الصلوة والسلام من شبرمة فقال اخ لي او صديق لي فقال عليه الصلوة والسلام حج عن نفسك ثم عن شبرمة وفي حديث اخر انه سمع رجلا يلبي عن بنفسه فقال عليه الصلوة والسلام من بنفسه فقال صديق لي فقال عليه الصلوة والسلام اذا حججت عن بنفسه فحج عن نفسك وحديث الخثعمية معروف فانها سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان ابي ادركته فريضة الله الحج وهو شيخ كبير لا يستمسك على الراحلة افيجزيني ان احج عنه فقال عليه الصلوة والسلام ارايت لو كان على ابيك دين فقضيته اما كان يقبل منك فقالت نعم فقال عليه الصلوة والسلام دين الله احق والمعنى فيه ان العبادة انواع ثلثة مالية محضة والمقصود منها صرف المال الى سد خلة المحتاج كالزكاة والكفارات وذلك يحصل بنائبه فيجوز الانابة فيها في حالة الاختيار والضرورة ولهذا يتادى بالبدو والثانية البدنية المحضة والمقصود اما التعظيم بالجوارح كالصلوة واما اتعاب النفس الامارة بالسوء ابتغاء لمرضاة الله تعالى وذلك لا يحصل بالنائب اصلا فلا تجري النيابة في ادائها والثالثة ما يشتمل على المعنيين جميعا معنى التعظيم للنفقة وذلك بالنائب يحصل ومعنى تحمل المشقة للتوسل الى ادائها وذلك بالنائب لا يحصل ولا تجري النيابة فيها عند القدرة على الاداء بنفسه لانعدام احد المعنيين في الاداء بنفسه لانعدام احد المعنيين في الاداء بالنائب وتجري النيابة فيها عند تحقق العجز عن الاداء بالبدن لحصول احد المعنيين بالنائب في العبادات البدنية المعتبر الوسع ولا معتبر الوسع للعجز والحج فريضة العمر فيعتبر فيه مستغرق لبقية العمر ليقع به الياس عن الاداء بالبدن فقلنا ان كان عجزا بمعنى لا يزول اصلا كالزمانة يجوز الاداء بالنائب مطلقا وان كان عجزا يتوهم زواله كان كان مريضا او مسجونا كان الاداء بالنائب مراعا فان دام به العجز الى ان مات تحقق الياس من الاداء بالبدن فوقع المودى موقع الجواز وان برا من مرضه او اطلق تبين انه لم يقع الياس عن الاداء بالبدن فكان عليه حجة الاسلام والمودى تطوع وحديث بن عمر رضي الله عنهما محمول على حالة القدرة توفيقا بين الاحاديث ولان المعظم في هذا السفر قطع المسافة بالمال ولهذا لا يجب بدونه فاشبه الزكاة جرت النيابة فيه والافضل ان يحج رجلا قد حج عن نفسه لانه ابعد عن اختلاف العلماء رحمهم الله تعالى وانه اهدى في اقامة اعمال الحج لصيرورتها معهودة عنده وان احج ضرورة عن نفسه او احجه الوصي عن الميت يجوز عندنا وعند الشافعي رحمة الله

رحمة الله عليه لا يجوز ويقع الحج عنه لا عن الامر لما روينا في حديث شبرمة من قوله عليه الصلوة والسلام حج عن نفسك ثم عن شبرمة وحجتنا ما روينا من حديث الخثعمية فان النبي عليه الصلوة والسلام جوز لها ان تحج عن ابيها ولم يستفسر انها حجت عن نفسها اولا وما روينا من حديث بنفسه فانه قال ان حججت عن بنفسه فحج عن نفسك وتاويل حديث شبرمة ان ذلك الرجل لم يجزم بعد ولكن لبى على سبيل التعلم للكيفية في التلبية عن الغير فاشار عليه بالحج عن نفسه فان ذلك افضل وبه نقول وهو بناء على ان الضرورة اذا حج بنية النفل عندنا يقع نفلا وعنده فرضا لان نية النفل يبقى مطلق النية وهذا لان نية التطوع نوع سفه منه قبل اداء الفرض والسفيه مستحق الحجر فيجعل نية النفل لغوا تحقيقا لمعنى الحجر ويجوز ان يتادى الاسلام بغير نية كما في المغمى عليه اذا احرم عنه اصحابه فبنية اولى وحجتنا ان وقت اداء الفرض في الحج يسع لاداء النفل فلا يتادى الفرض بنية النفل كالصلوة بخلاف الصوم فان وقته لا يسع لاداء النفل وهذا لان الحج عبادة معلومة بالافعال لا بالوقت ظرفا له لا معيارا وفي مثله لا يتميز الفرض من النفل الا بالتعيين وقوله يتادى بمطلق النية قلنا عندنا لا يتادى الا بالتعيين غير ان التعيين يثبت بالنص تارة وبالدلالة اخرى وفي الحج التعيين حاصل بدلالة الفرض فالظاهر ان الانسان لا يحتمل المشقة العظيمة لاداء النفل مع ان الفرض في ذمته والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص كتعيين نقد البلد في الشرى وانما يعتبر العرف اذا لم يوجد التصريح كما في تقديم المائدة ونقد البلد وما قال باطل على اصله بالصوم فانه لا يلغي في النفل بل جعله معتبرا في الاعراض عن الفرض والمغمى عليه اذن لاصحابه بطريق الدلالة في الحرام عنه فنزل ذلك منزلة الاذن افصاحا فانما يتادى له الحج بالنية ثم اختلف الروايات في ان الحاصل للامر ثواب الحج او ثواب النفقة فروي عن محمد رحمه الله تعالى ان له ثواب النفقة فاما الحج فيكون عن الحاج وذلك لان الحج عبادة بدنية قال والعبادة البدنية لا تجري النيابة في ادائها ولان الواجب عليه انفاق المال في الطريق واداء الحج فاذا عجز عن اداء الحج بقي عليه ما يقدر عليه وهو انفاق المال في الطريق فلزمه دفع المال بنفقة الحاج في طريق الحج في العيون قال محمد رحمة الله تعالى في رجل وصى ان يحج عنه فلم يبلغ ما اوصى به ان يحج عنه الا ماشيا فقال رجل انا احج عنه ماشيا من هنا قال لا يجزيهم ولكن يحج عنه من حيث يبلغ راكبا لان له ثواب النفقة ونفقة الراكب اكثر فثوابه اكمل فلا يجزي الا نقص عنه قال ابو يوسف رحمه الله تعالى او مات الحاج عن الميت قبل ان يقف بعرفة لم يجز عن الميت واخذ ما بقي من جهازه معه فيحج به عن الميت لان الحج عبادة بدنية فلا تجري النيابة فيها فيعتبر ما انفق من ماله حصل ثوابه فيحج بالباقي وذكر في المبسوط رجل دفع الى رجل مالا ليحج به عن الميت فلم يبلغ مال الميت النفقة فانفق المدفوع اليه من ماله ومال الميت فان كان اكثر النفقة من مال الميت وكان ماله بحيث يبلغ ذلك او عامة النفقة فهو جائز والا فهو ضامن يرده ويحج من حيث يبلغ لان المعتبر في الحج عن الغير الانفاق من ماله في الطريق وللاكثر حكم الكل والتحرز عن القليل غير ممكن فقد يضيفه انسان في يوم فلا ينفق من مال الميت وقد يستحب مال نفسه او زادا او ثوبا وقد يشرب الما ليعطي السقا

السقا من عنده فيجعل عفوا او قلنا اذا كان الاكثر من مال الميت فكان الكل من ماله فيكون الحج عنه ويضمن ما انفق لانه مخالف لانه امره ان ينفق في سفر يحج بذلك السفر عن الميت لا عن نفسه قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى وهذه المسئلة تدل على ان الصحيح من المذهب فيمن حج عن غيره ان الاصل في الحج يكون عن المحجوج عنه وان انفاق الحاج من مال المحجوج عنه من مال نفسه ان لو قدر على الخروج بنفسه وبنحوه جاءت السنة فان النبي عليه الصلوة والسلام قال للسائلة حجي عن ابيك واعتمري وقال رجل يا رسول الله ان ابي مات ولم يحج افيجزيني ان احج عنه فقال نعم والدليل حديث الخثعمية على ما ذكرنا قال وهو الاصح فان فرض الحج لا يسقط عن الحاج وكذلك في هذه المسئلة اذا كان اكثر النفقة من مال نفسه كان ضامنا لما انفق من مال الميت ولو كان للميت ثواب النفقة لا يصير ضامنا لان ذلك قد حصل للميت فلما قال يضمن ويحج عن الميت من حيث يبلغ عرفنا ان الحج عن الميت وما ذكر في العيون عن محمد رحمه الله تعالى وانما يحج راكبا من حيث يبلغ لا لما ذكر بل لان ما يوجبه الرجل او يوصي به معتبر بما اوجبه الرجل او يوصي به معتبر بما اوجبه الله تعالى والايجاب شرعا وجب ورد بالحج راكبا فكذلك من جهة وروى الحسن بن زياد عن ابي يوسف رحمهما الله تعالى قال حج الرجل راكبا افضل من الماشي لان الماشي يجهد الانسان ويسيء خلقه اشار الى العلة لانه ربما يندم فيبطل ثواب عمله وحرف اخر ان الاستيجار على الحج لا يجوز عندنا وعند الشافعي رضي الله عنه واصل المسئلة ان الاستيجار على الطاعات التي لا يجوز اداؤها من الكافر لا يجوز عندنا وعنده كل ما يتعين على الاجير اداؤه يجوز الاستيجار عليه اذا كان يجري فيه النيابة واستدل بحديث ابي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه حيث رقى الملدوغ بفاتحة الكتاب فاعطي قطيعا من الغنم فسال عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لعمري اكل برقية باطل لقد اكلت برقية حق والرقية بهذه الصفة طاعة ثم جواز اخذ البدل عليه والمعنى فيه ان الحج يجري فيه النيابة في الاداء ولا يتعين على الاجير اقامته فيجوز استيجاره عليه كبناء الرباط والمساجد وبهذا الوصف يتبين ان عمل الاجير وقع للمستاجر والدليل عليه انه يستوجب النفقة في ماله عندكم وذلك يدل على ان عمله وقع له ولو كان له ولو خالف لا يستوجب النفقة عليه واذا وقع عمله له استحق الاجر عليه بخلاف من استاجر على الامامة فان عمله في الصلوة يقع له لا لغيره وكذا من استاجر للجهاد يؤدي الفرض لنفسه فلا يكون عمله لغيره وحجتنا في ذلك حديث مرداس السلمي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اياك والخبز الرقاق والشرط على كتاب الله وحديث ابي بن كعب رضي الله تعالى عنه حين علم سورة من القران فاعطي قوسا فقال عليه الصلوة والسلام اتحب ان يقوسك الله بقوس من النار فقال لا فقال رد عليه قوسه وفي حديث عثمان بن ابي العاص الثقفي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال واذا اتخذت مؤذنا فلا ناخذ على الاذان اجرا ولان المنفرد للطاعة عامل لله تعالى فلا يصير مسلما الى المستاجر عليه بخلاف بناء الرباط والمساجد فالعمل هناك ليس بعبادة محضة بدليل انه يصح من الكافر قال والدليل عليه ان المصلي فالمؤذن خليفة النبي صلى الله عليه وسلم وهو ما كان ياخذ اجرا كما قال الله تعالى قل لا اسئلكم عليه اجرا الاية فكذلك الخليفة

الخليفة واما الحديث اي حديث الرقية قلنا كان ذلك ما لا اخذ من الحربي بطريق الغنيمة الا ترى ان النبي عليه الصلوة والسلام قال اضربوا لي فيها بسهم اذ ذلك لم يكن مشروطا وعندنا ما ليس بمشروط يجوز اخذه واذا ثبت ان الاستيجار على الحج لا يجوز فالعقد الذي لا جواز له بحال يكون وجوده كعدمه واذا سقط اعتبار العقد بقي الامر بالحج فيكون له نفقة مثله فيما له وهذه النفقة لم يستحقها بطريق العوض لكن يستحق كفاية لانه فرغ نفسه لعمل ينتفع به المستاجر فيستحق الكفاية في ماله كالقاضي يستحق كفايته في بيت المال والعامل يستحق الكفاية في مال الصدقة والمراة تستحق النفقة في مال الزوج لا بطريق العوض وفائدة الفساد ان ما يفضل من النفقة في يده عليه رده وان انتقصت النفقة كان عليهم ان يكملوا النفقة كما في المامور وحرف اخر ان المعروف فيما بين الناس عرفا كالمشروط شرطا الا اذا نص على غيره الا ترى انه لو باع شيئا بالف درهم ينصرف الى نقد البلد والموصي اذا بني وصية على وصية بني عن الترتيب لا ينفذ الثاني الا عند تعذر تنفيذ الاول مراعاة لشرط الموصي اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله تعالى رجل قدم بلدة للتجارة هي اقرب الى مكة او ابعد من وطنه فحضرته الوفاة فاوصى بحجة وله مال كثير ثم مات ولم يبين من اين يحج عنه فانه يحج عنه من بلدة الذي فيه منزله وبين موضعا يحج من ذلك الموضع اعتبارا بالشرط الاول انما يحج من يحج من بلدة لان المعروف فيما بين الناس كالمشروط والعرف فيما بين الناس انهم يحجون حال حياتهم من اوطانهم لان ذلك افضل واتم على ما روي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما في تفسير قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله اتمام الحج ان يحرم من دويرة اهله ومن عادة المسلمين انهم ياتون بما هو الافضل خصوصا في باب الحج فانه شرع في العمر مرة هذه عادة جاء الشرع بتقريرها حيث شرط الاستطاعة من منزله فصار المعروف كالمشروط نطقا بمنزلة ما لو اوصى لرجل بالف درهم من ثلث ماله ولم يبين وفي بلد الموصي نقد معروف انصرف الى نقد البلد المعروف كذلك هنا وان كان له اوطان مختلفة في بلاد متفرقة فمات وهو مسافر واوصى ان يحج عنه فانه يحج من اقرب الاوطان الى مكة لان الوطن الذي هو اقرب الى مكة لا شك في انه يدخل في الوصية وما وراء ذلك يحتمل انه يدخل واحتمل انه لا يدخل فلا يدخل بالشك هذا اذا مات مسافرا واما اذا مات في وطن من تلك الاوطان فانه يحج عنه من ذلك الوطن لان ذلك وطنه فيحج عنه من وطنه ولو خرج هو للحج حالة الوصية يحج من ذلك الوطن فانصرفت الوصية اليه وان لم يكن له وطن يحج عنه من حيث مات لانه اذا لم يكن له وطن وجب عليه الحج من حيث هو فيه فانصرفت وصيته الى الواجب عليه وكما يعتبر العرف في المكان في الداخلة حتى يحج عنه راكبا لا ماشيا ويعتبر فيه الوسط وهو ما يكون على الراحلة لان اعلاه في العماري وادناه ماشيا فكان الوسط الراحلة ولو قدم يريد الحج والمسئلة بحالها فان بين مكانا يحج عنه من ذلك المكان وان لم يبين يحج عنه من الموضع الذي مات فيه استحسانا وفي القياس يحج عنه من بلده وجه القياس ما ذكرنا ان المعروف فيما بين الناس كالمشروط وجه الاستحسان ان المعروف كالمشروط والمعروف فيما بين الناس ان من خرج للحج ومات في بلد انهم يحجون من البلد ما توافيه لان الحج من البلد الذي مات فيه اتم لانه متى احج

من المكان الذي مات فيه كان الحج بعضه مؤدى بعمله وبعضه بعمل غيره ومتى حج من وطنه كان الحج كله
مؤدى بعمل غيره فصار المعروف كالمشروط هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة في الجامع وذكر فيها
القياس والاستحسان ولم تذكر الخلاف وذكر في الوصايا من المبسوط وقال يحج من وطنه ولم يذكر
القياس والاستحسان ولم يذكر الخلاف فيكون ما ذكر في الوصايا جواب القياس وذكر في الجامع
الصغير رجل اوصى ان يحج عنه بثلث ماله من خراسان فاحجوا رجلا فلما بلغ الكوفة مات او سرقت
نفقته قال يحج من منزله عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما من حيث مات الذي حج عنه واختلف
المشايخ رحمهم الله تعالى منهم من قال ما ذكر في الجامع الكبير على الخلاف ايضا والقياس قول ابي حنيفة
رحمه الله تعالى والاستحسان قولهما ولهذا اضاف محمد رحمه الله تعالى والاستحسان قولهما ولهذا اضاف
محمد رحمه الله تعالى في الجامع والاصل جواب الاستحسان الى قولهما خاصة وجه القياس وهو قول ابي
حنيفة رحمه الله تعالى على قول هذا القائل انه لما مات في الطريق وانه خرج عن قصد الحج فقد انقطعت
هذه القربة قبل تمامها لان بالموت بطل خروجه للحج لان الخروج للحج ان يتصل به الحج فلا ينبني على ذلك
الخروج ولان الحج بعد الشروع مما ينقطع قبل التمام بالموت الا ترى انه لو احرم ثم مات فانه يستانف الاحرام
ولا يبنى على احرام الميت وان كان في تحصيل الوسيلة بعد اولى ان ينقطع وعند الانقطاع
صار كالخروج لغير الحج دل عليه قوله عليه الصلوة والسلام كل عمل ابن ادم ينقطع بموته الا ثلث صدقة
جارية وعلم علمه الناس ينتفعون به وولد صالح يدعو له بالخير والخروج للحج ليس من جملة ذلك وجه
ما ذكرنا ان الناس في مثل هذا الموضع يريدون البنا وهذا لانه اقام بعض الفعل بنفسه فلا يجوز
ابطال ذلك ولانه لا يومن ان يموت الثاني ثم يبدأ من منزله ثم يموت فيبدأ من منزله فيودي
الى هلاك المال من غير حصول الحج ولان فيما قلنا يحصل البعض بفعله لما ذكرنا وهو كالامي اذا اقتدى
بالقارئ وهو مسبوق بركعة فلما سلم الامام قام الى قضا ما سبق القياس ان يستقبل الصلوة وروى
عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه قال بالقياس لان اول صلاته كانت بقراءة فلو يجوز ان يكون
اخرها بغير قراءة الا ترى ان الامام لو سبقه الحدث فقدم اميا تفسد صلاته لان اخر
صلوته حصلت بغير قراءة وفي الاستحسان يمضي على صلاته لانا لو امرناه بالاستقبال صارت
صلوته مؤداة بغير قراءة ولان يكون بعضها بقراءة وبعضها بغير قراءة اولى ان تكون كلها بغير قراءة
وهو كالصحيح اذا افتتح الصلاه قائما ثم مرض واحتاج الى الايما يتمها بالايما لانا لو امرناه بالاستقبال
صار جميع صلوته بالايما ولو افتتح بالايما ثم قدر على القيام يستانف ليحصل جميع الصلوة قائما
وقوله ينقطع عمله فليس كذلك لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الاية فكان المرضي
انما الحج بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة وفي الحديث انه مات في طريق مكة وقد خرج حاجا يكتب له
في كل سنة ثواب حجة ومتى لم ينقطع فعله استقام اتمامه وهو اول لما قلنا ومنهم من قال ما ذكر في
قول الكل فهذا القائل يحتاج الى الفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى والفرق انه موضع المسألة في الجامع
الكبير فيما اذا امر ان يحج عنه ولم يبين المكان فوجب حمل مطلق الوصية على الاحجاج من المكان
الذي مات فيه قلنا هذا المعنى معدوم في مسألة الجامع الصغير لان ثمة وضع المسألة انه اوصى

انه اوصى ان يحج عنه بثلث ماله من خراسان فقد بين المكان الذي يحج عنه منه ولا عبرة للعرف حالة التنصيص على
المكان كما لو خرج للحج واوصى ان يحج عنه من منزله يحج من بلده ولا يعتبر العرف اذا خرج للتجارة واوصى ان يحج من
الموضع الذي مات فيه لا يحج من منزله وكما في تعيين غير نقد البلد في الشرا او الوصية ولو اوصى ان يحج عنه وهو اهل
خراسان وله مال كثير فاحج الوصي رجلا فمات بالكوفة يحج عنه من حيث مات الذي يحج عن الميت استحسانا انه يحج من بلده
بلده لانه مات النائب ولو مات المنوب عنه بعدما خرج للحج واوصى بان يحج عنه كانت المسألة على القياس والاستحسان
فكذا اذا مات النائب فان قيل اذا مات المنوب بعدما خرج للحج واوصى بان يحج عنه ولم يبين المكان انما وجب
الاحجاج من المكان الذي مات فيه استحسانا لان الاحجاج من ذلك مشروط عرفا من حيث ان الحج من ذلك
المكان اتم لانه يصير مودى بعضه بعمله هذا المعنى معدوم فيما اذا مات النائب في وسط الطريق فوجب ان لا ينصرف
المطلق اليه استحسانا قيل له اذا مات المنوب عنه انما انصرف المطلق الى الاحجاج من ذلك المكان استحسانا
لوجهين احدهما ما قلنا والثاني انا متى حملنا مطلق الوصية على الاحجاج من وطنه ربما يعرض في وسط
الطريق للنائب مثل ما عرض للمنوب عنه وهو الموت وكذا الثالث الى ان يفني جميع المال ولا يحصل مقصوده فلهذا لم
الضرورة حمل مطلق الامر على الاحجاج من المكان الذي مات فيه فههنا وان لم يتات الوجه الاول يتاتى الوجه
الثاني ولو قال الوصي للذي حج عن الميت انه مرض مرضا خفت عليك الموت فاحج رجلا بما بقي من النفقة
او خرج الوصي معه ليحج فحضر الاول الوفاة فاحج رجلا من الموضع الذي مرض فيه او احج الوصي رجلا بعد موت
الاول فهو جائز في الاستحسان وفي القياس لا يجوز ويستقبل الحج عن الميت عن منزله ويضمن الوصي
النفقة من حيث الحج المامور او امر هو الثاني بالحج لان احجاج الوصي او احجاج هذا النائب من
المكان الذي مات فيه بامر الوصي بمنزلة احجاج الوصي رجلا من ذلك المكان بعدما مات الاول
ولو كان كذلك جاز ذلك استحسانا ولم يجز قياسا لما ذكرنا كذلك هنا رجل اوصى بان يحج عنه وثلثه
لا يبلغ من حيث اوصى او من منزله فانه يحج عنه من حيث يبلغ لانه قدر على الوفا ببعض ما امر به ولم يقدر
على البعض فيلزمه الوفا بما قدر وهذا استحسان والقياس ان تبطل الوصية لانه عجز الوصي عن تنفيذ ما امر
وهو الحج من منزله فكان بمنزلة ما لو اوصى بان يشترى نسمة بالف درهم فتعتق عنه وكان ثلث ماله دون
الف درهم تبطل الوصية وجه الاستحسان ان المقصود من الحج ابتغا مرضات الله تعالى ونيل الثواب
وقد اوصى لجهة قربة معلومة فيجب تنفيذها ما امكن كما لو اوصى بالف درهم يتصدق به على المساكين
وثلث ماله لا يبلغ ذلك فانه ينفذ في قدر الثلث بخلاف الوصية بالعتق فان العبد ان كان معينا
فالوصية تقع له وكذلك ان لم يكن معينا فانما اوصى لعبد يساوي الفا فلو يجوز تنفيذ يساوي
الفا خمسمائة فلهذا قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى لو اوصى ان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما
بقي ولو اوصى بان يحج عنه بهذه المائة فهلك منها درهم يحج بما بقي من حيث يبلغ وذكر في الوصايا من المبسوط اذا قال
حجوا عني حجة واعتقوا عني نسمة نفذ من الثلث وان كان لا يسعهما الثلث ينظر ان كانت الحجة حجة الاسلام بدئ بها وان اخره
الميت لان حجة الاسلام اقوى من نسمة التطوع وعلم ان اسقاط الفرض اهم اليه من غيره الا انه اخره لشغل قلبه
واما اذا كان الحج تطوعا فليس احدهما باولى من الاخر فيبدأ بما بدأ به الميت لانه اهم اليه هذا اذا اوصى يعتق نسمة
بغير عينها فاما اذا كانت النسمة بعينها فانهما يتحاصان في الثلث لان الوصية وصية للعبد اذا كان معينا والوصية

بالوصية بالحج وصية الله تعالى فصار بمنزلة وصيتين مختلفتين فيتحاصان في ذلك بخلاف ما اذا كانت النسمة بغير عينها لانهما وصيتان لله تعالى فيبدأ بما بدأ به الميت فيحتمل ان يكون هذا قولهما لان قول ابي حنيفة رحمة الله تعالى بناء على ان العتق عندهما حق الله تعالى ويحتمل ان تكون الوصية بشرى النسمة بالف وهلاك درهم فيما اذا كان العبد بعينه واذا وجب تنفيذ الوصية بالحج استحسانا فلو وجد واسع الميت بذلك المال من منزله ماشيا لا يجوز ان يحجوا عنه ماشيا وانما يحج من حيث يبلغ راكبا حتى قال محمد رحمة الله تعالى في النوادر راكب البعير في ذلك افضل من راكب الحمار وهذا لانه لا يلزمه ان يحج بنفسه ماشيا وان وجد النفقة فكذلك لا يحج عنه ماشيا لان الحاصل للميت ثواب النفقة وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى انه قال الخيار الى الورثة ان شاؤا احجوا عنه راكبا من حيث يبلغ وان شاؤا من منزلة ماشيا لان في احد الجانبين زيادة في المسافة ونقصان في النفقة وفي الجانب الاخر زيادة في النفقة ونقصان في المسافة وفي كل واحد منهما نيل الثواب فيختار اى الجانبين شاؤا فاذا حج عنه من الردة ركبا فحج المامور ورجع بفضل نفقة بحيث كان يمكن ان يحج بها من التعلية ضمن الوصي النفقة وحج من الميت من التعلية وان رجع الذي حج بفضل زاد او كسوة او درهم او درهمين او بشيء يسير قد يبقى مثلها من النفقة اجزت الحج عن الميت ورد ما معه الى الورثة لان الباقي من النفقة اذا كان كثير صار الوصي مخالفا لانه تبين انه لم يحج من حيث يبلغ هذه الزيادة مما يمكن الاحتراز عنها فصار ضامنا اما اذا كان يسيرا لا يضمن الوصي استحسانا لانه لم يظهر الخطا في الفضل اليسير لاحتمال انه وقع ذلك من تعتير المامور في النفقة لان ذلك مما لا يمكن الاحتراز عنه فجعل عفوا وهو الاب او الوصي اذا باع مال اليتيم او اشترى له بغبن ان كان فاحشا يضمن لانه يمكن الاحتراز عنه وان كان الغبن يسيرا لا يضمنان لانه لا يمكن الاحتراز وكذا الوكيل في الشرا اذا زاد في الثمن شيئا قليلا لا يضمن وان كان كثيرا يضمن وانما يرد الفضل على الورثة لانه مال الميت وقد فضل عن حاجته رجل وصى ان يعتق عنه بثلثه نسمة فقيل له ان ثلثك لا يبلغ نسمة فقال اعينوا به في الرقاب ينظر ان كان ثلثه يبلغ نسمة فاعينوا به في الرقاب ولو نص على هذا كانت الثانية مرتبة على الاولى وان كان الثلث لا يبلغ نسمة يعطى المكاتبين لان المراد من الرقاب المكاتبون قال ابن عباس رضي الله عنهما في تفسير قوله تعالى وفي الرقاب قال هم المكاتبون واعانتهم دفع الثلث اليهم حتى يؤدوا منه المكاتبة لمكاتبيهم وهم محتاجون الى فكاك الرقاب من دين الكتابة وتحصيل العتق فكانت قربة مقصودة غير الاعتاق فكان في اللفظ ما يدل على القربة فيصح وان لم يكونوا معلومين الا ترى الى ما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه قال للبرا ابن عازب رضي الله تعالى عنه حين قال له علمني عملا يدخلني الجنة فقال عليه الصلوة والسلام فك رقبة واعتق النسمة فقال البرا اليس هنا سوا فقال عليه الصلوة والسلام لا اعتاق النسمة ان تبدي باعتاقها وفك رقبة ان تعينها على ادا اما عليها من السعاية ولو اوصى ان يحج عنه بثلثه من الكوفة فقيل له ان ثلثك لا يبلغ الحج من الكوفة فقال اعينوا به في الحج وفي بعض النسخ فاجعلوه في الحج فان كان يبلغ الحج من الكوفة يحج به لا يجوز غير ذلك لما قلنا وان كان لا يبلغ فالقياس ان تبطل تلك الوصية وفي الاستحسان يعان به اهل الحاجة ولا يعان به الغني وجه القياس ان الموصى له مجهول جهالة لا يمكن استدراكها

استدراكها لان اهل الحاج قوم لا يحصون وهذا الاسم لا ينبئ عن الحاجة والفقير لغة لا يدل عليه حتى يجعل وصية الله تعالى ولهذا لو اوصى بثلث ماله للحاج لا يصح لان الحاج قد يكون فقيرا فصار كالوصية لبني فلان وهم لا يحصون وجه الاستحسان ان لفظة الاعانة على ان المراد المحتاج والمنقطع منهم لان الاعانة يحتاج المحتاج دون الغني فيصير ذلك وصية في جهة القربة كانه قال اعينوا به المحتاجين والمنقطعين من الحاج بدلالة النص كالثابت بالنص ولو نص عليه يصح ويصرف الى الفقرا منهم بخلاف ما اذا اوصى بثلث ماله للحاج لانه ليس في كلامه ما يدل على انه اراد به الفقرا منهم فدخل تحت الوصية الغني والفقير وهم لا يحصون فكان الموصى له مجهولا جهالة لا يمكن استدراكها فكانت باطلة وكذا الوصية لبني فلان انتهى وفي المبسوط ولو اوصى ان يحج عنه بمائتي درهم حجة وهي ثلث ماله فحج بها فبقي من نفقته وكسوته وطعامه شيء على الورثة وان كان الموصى قال ما فضل من حجته للحاج ان سمى رجلا بعينه جاز لان الموصى له مجهول وقال بعضهم يجوز معلوما وان لم يسم اختلف مشايخنا رحمهما الله تعالى فيه قال بعضهم لا يجوز لان الموصى له مجهول قال بعضهم يجوز لانه يصير معلوما اذا حاج عنه هذا اذا اوصى بان يحج عنه بمائتي درهم حجة فان اوصى ان يحج عنه بمائتي درهم ولم يقل حجة والثلث يبلغ حججا فانه يحج عنه حججا لانه اوصى بالثلث للحج وان احج في كل سنة رجلا جاز وان احج عنه في سنة واحدة رجالا جاز وهو افضل لان فيه مسارعة الى الطاعة على ما ذكرنا وفي العيون هشام عن محمد رحمهما الله تعالى في رجل قال احجوا عني من ثلثي قال احجوا عنه من ثلثه حجة واحدة لانه امر بالحج عنه من ثلث ومن للتبعيض فانصرف الى حجة واحدة كما اذا صرح به ولان قوله حجوا لا ينبئ عن العدد فانصرف الى حجة خلف ابن ايوب عن ابي يوسف رحمهما الله تعالى في رجل مات بمكة واوصى ان يحج عنه قال ان قدم حاجا فانه يحج من مكة وان قدم لغير الحج فانه يحج من منزله هشام عن ابي يوسف رحمهما الله في مكي مات بالري واوصى بان يحج عنه من مكة وان اوصى بان يتمتع عنه فانه يتمتع عنه من الري لان وطنه الاصلي مكة وانما يجب عليه اصلا ان يحج من مكة فاما اهل مكة فليس لهم تمتع فاذا امر بالتمتع التحق باهل الري يحج عنه من الري بالدلالة ولو نص عليه يحج من هنالك والله اعلم

ويتلوه باب من الوصايا